

Grenzziehung und Verhältnis zwischen der privaten
Krankenversicherung und der öffentlichen Absicherung gegen
Krankheit in Deutschland und in Brasilien

Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades

der Fakultät für Rechtswissenschaft
der Universität Regensburg

vorgelegt von
Jeferson Ferreira Barbosa

Erstberichterstatter: Prof. Dr. Alexander Graser.
Zweitberichterstatter: Prof. Dr. Thorsten Kingreen.

Tag der mündlichen Prüfung: 19. 09. 2017.

Lebenslauf

- 2010-2012 Masterstudium an der “Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS)” [Päpstliche Katholische Universität von Rio Grande do Sul], Brasilien.
- 2005-2009 Jurastudium an der PUCRS.

Vorwort

Auch wenn das Vertrauen sich ein wenig auf die Vergangenheit stützt, blickt es vielmehr in die Zukunft und sieht schon jetzt etwas, das noch nicht da ist.

Mein Dank gilt zuvorderst Herrn Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet, Leiter des Master- und Promotionsstudiengangs für Rechtswissenschaft der Päpstlichen Katholischen Universität von Rio Grande do Sul (PUCRS), dessen Vertrauen und Ermutigung es mir überhaupt möglich gemacht haben, in Deutschland zu promovieren. Ebenso danken möchte ich Herrn Prof. Dr. Alexander Graser. Er hat mich an seinem Lehrstuhl an der Universität Regensburg herzlich aufgenommen, die Auswahl des Forschungsthemas angeregt und meine Arbeit bis zum Ende begleitet.

Ich möchte mich zudem bei Herrn Prof. Dr. Thorsten Kingreen für das sehr zügige Zweitgutachten bedanken. Herr Prof. Dr. Henning Ernst Müller, Herr Prof. Kingreen und Herr Prof. Graser haben die Verteidigung meines Promotionsvorhabens am 19. 09. 2017 per Videokonferenz ermöglicht. Auch dafür möchte ich mich ganz herzlich bedanken – ebenso bei Frau Annemarie Leitner für die Unterstützung bei der Durchführung eines Testlaufs der Videokonferenz mit der Universität Regensburg.

Die Arbeit wurde von der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Regensburg als Dissertation angenommen. Der KAAD (Katholischer Akademischer Ausländer-Dienst) hat sie gefördert. Herrn Prof. Dr. Draiton Gonzaga de Souza und Herrn Dr. Thomas Krüggeler bin ich für ihr Vertrauen in dieses Vorhaben sehr dankbar. Großer Dank gebührt auch Frau Renate Flügel, da sie den Stipendiaten ihr Herzblut widmet.

Viele Personen haben in unterschiedlicher Phasen geholfen, meine sprachlichen Fehler zu reduzieren. Bei Herrn Dr. Christian Helmrich bedanke ich mich sowohl für das mehrmalige Korrekturlesen, als auch für seine Hinweise als Kenner des deutschen Sozialrechtes. Ein ganz herzliches Dankeschön auch an Herrn Johann Niller, an Herrn Michael Pilarski, an Frau Dr. Lina Schneider, an Frau Andrea Brei, an Frau Nina Kerstensteiner, an Frau Claudia Sommer, an Frau Franziska Schultes, an Frau Christina Schindler, an Frau Dr. Veronika Apfl, an Herrn Matthias Meier und an Herrn Raoul-Darius Veit.

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	8
A. Einleitung	11
B. Der Vergleich und die Vergleichbarkeit	14
C. Die Gestaltung der öffentlichen Absicherung in Deutschland und in Brasilien	22
I. Die Prinzipien der öffentlichen Absicherung in Deutschland	22
1. Sozialstaatsgebot	22
2. Selbstverwaltung	25
3. Solidarprinzip	27
4. Bedarfsdeckungsprinzip	29
5. Sachleistungsprinzip	31
6. Versicherungspflicht, Versicherung und Mitgliedschaft	34
II. Die Prinzipien der öffentlichen Absicherung in Brasilien	38
1. Universalität und Gleichheit	42
2. Dezentralisierung und Regionalisierung	48
3. Integralität und Hierarchisierung	53
4. Prinzip der Einheit	55
5. Teilnahme der Gesellschaft	58
III. Zwischenergebnis	60
D. Funktion der privaten Absicherung in Deutschland und in Brasilien	61
I. Versicherungsprinzip, Äquivalenz und Vertrag	61
II. Entstehung der privaten Krankenversicherung in Deutschland	65
III. Entstehung der privaten Krankenversicherung in Brasilien	69
IV. Ausprägungen der privaten Krankenversicherung in Deutschland	73
1. Krankheitskostenvollversicherung bzw. substitutive Krankenversicherungen vs. ergänzende Zusatzversicherungen	73
2. Rechtsformen	73
3. Summenversicherung und Schadensversicherung	74
4. Normaltarif	74
5. Standardtarif	75
6. Notlagentarif	75
7. Basistarif	77
8. Alterungsrückstellung	79
9. Portabilität	79
V. Ausprägungen der privaten Krankenversicherung in Brasilien	80
1. Rechtsform bzw. Art der PKV	83
2. Individual und Gruppenversicherungen	87
3. Bestimmungen für alle Leistungsbereiche	89
4. Bestimmungen für die einzelnen Leistungsbereiche	91
5. Referenztarif	92
6. Die alten Verträge	94
7. Erstattung für das Einheitliche Gesundheitssystem (SUS)	95
E. Der Zusammenhang zwischen Finanzierung und Gestaltung der Absicherung	98
I. Arten der öffentlichen Absicherung: Fürsorge, Versicherung und Versorgung	98
II. Die Finanzierung und die Struktur der Absicherung gegen Krankheit	106
1. Die öffentliche und die private Finanzierung	106
2. Steuer vs. Beitragsfinanzierung	108
3. Zur Metapher des Gesellschaftsvertrages	112

4.	Standort der GKV zwischen PKV und Versorgung: ein konkretes Beispiel	116
5.	Zwischenergebnis: die Finanzierungsform und ihre Folgen	117
6.	Zur Steuerfinanzierung	124
III.	Die Finanzierung der öffentlichen Absicherung in Deutschland	125
IV.	Die Finanzierung der öffentlichen Absicherung in Brasilien	130
1.	Wie ist die Beitragsfinanzierung in Brasilien zu verstehen?	131
2.	Die Einführung einer Zweckbindung der Steuern	135
3.	Die Sozialbeiträge und die Aufhebung der Zweckbindung	137
4.	Analyse	141
F.	Die Wege der Grenzziehung und des Verhältnisses zwischen privat und öffentlich	143
I.	Die Reform vom 2007 in Deutschland	143
1.	Basistarif und Portabilität der Alterungsrückstellungen in der PKV	143
2.	Ausdehnung der Versicherungspflicht in der GKV	144
3.	Einführung der Wahltarife für die GKV	148
4.	Versicherungspflicht für alle Einwohner Deutschlands (GKV und PKV)	155
5.	Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2009	156
6.	Die duale Krankenversicherungsordnung und ihre Defizite	162
II.	Das Gesetz 9656/1998 in Brasilien	163
1.	Eine Zusammenfassung der wichtigsten Eigenschaften des Gesetzes 9656/1998	163
2.	Die Entscheidung des brasilianischen Obersten Bundesgerichtshofes im Jahr 2003	167
3.	Verhältnismäßigkeitsprüfung ohne Prüfungsschema	171
4.	Die prozessualen Folgen und Strategien	175
G.	Schlussfolgerung	182
	Literaturverzeichnis	194
	Anhang A: Steuer- und Beitragsfinanzierung in Brasilien	204
	Anhang B: Übersetzungen für „substantive due process“ und „reasonableness“	205
	Anhang C: Finanzierungsquellen des brasilianischen Bundesministeriums für Gesundheit	206
	Anhang D: föderativen Ebenen und Finanzierung des SUS	209
	Anhang E: Zusammenfassung der STA 175 AgR (individueller Anspruch)	211
	Anhang F: Die missbräuchlichen Klauseln und die übermäßige Belastung	214

Abbildungsverzeichnis

Abbildung I – Das Sachleistungsprinzip	33
Abbildung II – Belastung von Individuum vs. Gesamtgesellschaft. Allgemeine Tendenz	118
Abbildung III – Tragung der Finanzierung	118
Abbildung IV – Die Struktur der Finanzierung und ihre Folgen	124
Tabelle I: Finanzierungsquellen des brasilianischen Bundesministeriums für Gesundheit	206
Tabelle II: Ausgaben für die öffentlichen Maßnahmen für Gesundheit und Gesundheitsdienste (ASPS): Summe und nach Regierungsebene (2000-2011)	210

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias [die vorübergehenden verfassungsmäßigen Verfügungen: letzter Teil der Verfassung]
ADI MC	Direkte Verfassungswidrigkeitsklage mit Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz
a. F	Alte Fassung
ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar [Aufsichtsbehörde für die PKV in Brasilien]
AVB/BT 2009	Allgemeinen Versicherungsbedingungen für den Basistarif 2009
AVB/NLT 2013	Allgemeinen Versicherungsbedingungen für den Notlagentarif 2013
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Der deutsche Bundesgerichtshof
BIP	Bruttoinlandsprodukt
BSG	Das deutsche Bundessozialgericht
BSGE	Entscheidungen des Bundessozialgerichtes
BT-Drucks. 15/28	Deutscher Bundestag, Drucksache 15/28
BT-Drucks. 16/3100	Deutscher Bundestag, Drucksache 16/3100
BT-Drucks. 17/3040	Deutscher Bundestag, Drucksache 17/3040
Buchst.	Buchstabe
BVerfG	Das deutsche Bundesverfassungsgericht
Caput	[Kopfteil] eines Artikels. Die Gesetze und die Verfassung folgen normalerweise einem Schema: Direkt nach dem Artikel folgt eine allgemeine Aussage, diese wird als Kopfteil bezeichnet; auf Portugiesisch wird dies aus dem Lateinischen als „Caput“ bezeichnet. Die einzelnen „Nummern“ (in römischen Zahlen) und Paragraphen enthalten die spezifischen Aussagen
CDC	Código de Defesa do Consumidor de 1990 [Verbraucherschutzgesetzbuch vom 1990]
CF	Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988 (CF) [Verfassung der Föderativen Republik Brasilien vom 05. Oktober 1988]
CPMF	Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira [Provisorischer Beitrag über Finanzverkehr]
ders.	derselbe

ebd.	ebenda
EStG	Einkommensteuergesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 08. Oktober 2009 (BGBl. S. 3366, 3862), das zuletzt durch Artikel 9 des Gesetzes vom 14. August 2017 (BGBl. S. 3214) geändert worden ist.
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
f.	folgender, folgende [Seite]
ff.	folgende [Seiten]
G-BA	Gemeinsamer Bundesausschuss
Gesetz 8080/90	Brasilien, Gesetz Nr. 8080, vom 19. September 1990
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GKV	Deutsche gesetzliche Krankenversicherung
GKV-WSG	Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung vom 26. März 2007
Hrsg.	Herausgeber
i. V. m.	in Verbindung mit
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística [brasilianisches Institut für Geographie und Statistik]
LC 101/2000	Brasilien, ergänzendes Gesetz Nr. 101, vom 04. Mai 2000
LC 141/2012	Brasilien, ergänzendes Gesetz Nr. 141, vom 13. Januar 2012
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
MedR	(Zeitschrift) Medizinrecht
N./Nr.	Nummer
PKV	Private Krankenversicherung
RAP	Revista de Administração Pública
RDC N. 39/2000	ANS, Resolução de Diretoria Colegiada – RDC N. 39, von 27. 10. 2000
RN 137/2006	ANS, Resolução Normativa – RN N. 137, von 14. 11. 2006
RN 162/2007	ANS, Resolução Normativa 162, von 17. 10. 2007
RN 195/2009	ANS, Resolução Normativa – RN 195 von 14. Juli 2009
RN 196/2009	ANS, Resolução Normativa – RN N. 196, von 14. Juli 2009
RN 387/2015	ANS, Resolução Normativa 387, von 28. 10. 2015
Rn.	Randnummer
S.	Seite/Satz im Gesetzeszitat
SGB I	Sozialgesetzbuch (SGB) Erstes Buch (I)

SGB II	Sozialgesetzbuch (SGB) Zweites Buch (II), zuletzt in die Datenbank „Beck-Online“ am 20. 02. 2017 geprüft
SGB III	Sozialgesetzbuch (SGB) Drittes Buch (III)
SGB IV	Sozialgesetzbuch (SGB) Viertes Buch (IV), zuletzt in die Datenbank „Beck-Online“ am 20. 02. 2017 geprüft
SGB V	Sozialgesetzbuch (SGB) Fünftes Buch (V), zuletzt in die Datenbank „Beck-Online“ am 20. 02. 2017 geprüft
SGB XII	Sozialgesetzbuch (SGB) Zwölftes Buch (XII)
STF	Supremo Tribunal Federal [der brasilianische Oberste Bundesgerichtshof]. Letzte Instanz bezüglich der Auslegung der brasilianischen Verfassung (CF)
STJ	Superior Tribunal de Justiça [der brasilianische Obere Gerichtshof]. Die letzte Ebene der ordentlichen Gerichtsbarkeit in Hinsicht auf die Auslegung der Bundesgesetze
SUS	Sistema Único de Saúde (SUS) [Einheitliches Gesundheitssystem]. Das brasilianische öffentliche Gesundheitswesen, bzw. die brasilianische staatliche Absicherung gegen Krankheit
Urt.	Urteil
VAG	Versicherungsaufsichtsgesetz
vgl.	vergleiche
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
VVG-ReformG	Gesetz zur Reform des Versicherungsvertragsrechts, vom 23. November 2007
z. B.	zum Beispiel

A. Einleitung

Die Sorge um die Gesundheitsversorgung betrifft jede Gesellschaft. Dennoch, die Form, in welcher jedes Land mit dieser Problemlage umgeht, kann sehr unterschiedlich sein. Einerseits kann die Gesellschaft sich selbst überlassen bleiben und das Problem eher mit Alternativen außerhalb der modernen Medizin (sogenannten traditionellen oder alternativen Methoden) bzw. über die private Wirtschaft zu lösen versuchen; andererseits kann der Staat die Aufgabe übernehmen. Dies sind alles unterschiedliche Formen, mit der gleichen Problemlage umzugehen. Sie sind aber kombinierbar und werden in unterschiedlichem Ausmaß angewandt. Die Intensität, mit welcher dies gemacht wird, variiert je nach Gesellschaft und im Laufe der Zeit. Das bildet infolgedessen ein sehr großes Forschungsfeld.

In Deutschland und in Brasilien gibt es beispielsweise neben der privaten die öffentliche Absicherung gegen Krankheit. Diesem Bereich innerhalb des obengenannten Forschungsfeldes habe ich als Schwerpunkt meiner Untersuchung gewählt. Es war notwendig, der Untersuchung einen Rahmen bzw. Grenzen zu geben, damit die Aufgabe innerhalb überschaubarer Zeit erfüllt werden konnte. Das ist einer der Gründe, weshalb ich nur Deutschland und Brasilien erforsche. Mit den Ausdrücken *private* und *öffentliche Absicherung* möchte ich möglichst neutral die Instanzen bzw. Institutionen, die die Sicherungsfunktion bezüglich Gesundheitsrisiken übernehmen, kennzeichnen. Vor diesem Hintergrund steht die wesentliche Frage, die die Untersuchung in allen ihrer Teile leitet, und zwar die Frage danach, wie beide Länder diese zwei Formen trennen bzw. koordinieren.

Das primäre Ziel wird sein, die strukturellen Eigenschaften der Systeme zu erkennen und wie die entsprechende Gestaltung der öffentlichen Absicherung mit der entsprechenden Gestaltung der privaten Absicherung koordiniert, besser gesagt von ihr getrennt wird. Nun folgen einige allgemeine Informationen über Deutschland und Brasilien, die als Hintergrund für den Vergleich dienen.

Die Bevölkerung Deutschlands beträgt im Jahr 2015 über 81 Millionen Menschen; 17 % davon sind bis 19 Jahre alt; 12 % sind zwischen 20 und 29 Jahre alt; 42 % zwischen 30 und 59; 22 % zwischen 60 und 79 und 6 % über 80 Jahre alt.¹ Die aktuellste Information über die Größe der Bevölkerung Brasiliens ist eine Schätzung des brasilianischen Instituts für

¹ *Deutschland in Zahlen*. Tabelle: Bevölkerung nach Altersklassen (Deutschland) - in 1.000. Die Informationen bezüglich der Altersklassen habe ich in Form von Prozentzahlen dargestellt.

Geographie und Statistik (IBGE). Danach sind es über 206 Millionen Menschen.² 24,08 % der Bevölkerung Brasiliens sind nach der Volkszählung des Jahres 2010 bis 14 Jahre alt; 68,54 % zwischen 15 und 64 sowie 7,38 % über 65.³ Die Geburtenrate in Deutschland betrug 2015 1,5;⁴ in Brasilien im gleichen Jahr 1,8.⁵ Obwohl die Daten des brasilianischen Instituts für Geographie und Statistik in so großen Gruppen präsentiert werden, dürfte die Alterung der Bevölkerung Deutschland mehr betreffen als Brasilien. Auch für Brasilien aber wird sich das Problem wohl innerhalb überschaubarer Zeit stellen. Die Frage wäre ob, sich Brasilien hierauf vorbereitet. Betrachtet man, wie sich Grenzziehung und Verhältnis zwischen privater und öffentlicher Absicherung in beiden Ländern entfaltet, wird sich eine Antwort hierauf abzeichnen.

Die Arbeitslosenquote beträgt in Deutschland im Jahr 2015 6,4 %;⁶ in Brasilien von Juli bis September 2015 8,9 %; zwischen April und Juni 2016 über 11 %.⁷ Hier ist wahrscheinlich relevant, dass Brasilien zu dieser Zeit eine überraschende politische und daraus folgende wirtschaftliche Krise erlebt. Die Arbeitslosenquote lag 2009 bei 6,9 %.⁸ Infolge der Instabilität dürfte in Brasilien die wirtschaftliche Lage mehr Schwierigkeiten für die Gestaltung einer sozialen Absicherung zu bereiten.

Das BIP von Deutschland betrug im Jahr 2015 3.025,9 Milliarden Euro;⁹ Brasilien erreichte in diesem Jahr 5.904, 00 Milliarden R\$ („*Reais*“: Bezeichnung für die Brasilianische Währung).¹⁰ Bei einem Kurs von 3,39 am 01.11.2017 bedeutet das etwa 1.741, 59 Milliarden Euro.¹¹ Die Wirtschaft Brasiliens ist zwar nicht klein; die Bevölkerung ist aber viel größer als in Deutschland. Die Gesamtfläche Brasiliens ist auch weit größer. Brasilien hat 8.514.877 km²;¹² Deutschland hingegen nur 357.022 km².¹³ Am 01. August 2010 hatte Brasilien 27 Bundesländer und die extrem große Anzahl von 5.656 Gemeinden.¹⁴ Eine sehr große Landfläche und eine große Bevölkerung weisen auf finanzielle Herausforderungen hin. Umso wichtiger sind leistungsfähige Strukturen und ein kompetenter Verwaltungsapparat.

² IBGE, Estimativas da População Residente nos Municípios Brasileiros com Data de Referência em 1º de Julho de 2016

³ IBGE, Brasil em síntese, distribuição da população por grandes grupos de idade.

⁴ Statistisches Bundesamt, Geburten.

⁵ IBGE. Brasil em síntese, taxas de fecundidade total.

⁶ Deutschland in Zahlen, Tabelle: Arbeitslosenquote (alle zivilen Erwerbspersonen) - in Prozent.

⁷ IBGE, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua, Juli bis September 2016.

⁸ IBGE, Brasil em síntese, taxa de desocupação.

⁹ Deutschland in Zahlen, Tabelle: Bruttoinlandsprodukt nominal - in Mrd. Euro.

¹⁰ IBGE, Brasil em síntese, PIB - valores correntes.

¹¹ Kurs nach <<http://www.boerse-online.de/devisen/euro-real-kurs>> am 01. 11. 2017.

¹² Lexas, Flächendaten aller Staaten der Erde, abrufbar unter: <http://www.laenderdaten.de/geographie/flaeche_staaten.aspx>, Zugriff am 28. 01. 2017.

¹³ IBGE, Brasil em síntese, território.

¹⁴ IBGE, Censos Demográficos: Resultados divulgados no Diário Oficial da União em 04.11.2010.

2014 waren 8,8 Millionen Personen in Deutschland als Vollversicherte in der privaten Krankenversicherung (PKV) abgesichert. Bei 48,3 % dieser Versicherten handelt es sich um Beihilfeberechtigte, also hauptsächlich um Beamte und ihre Familienmitglieder ohne eigenes Einkommen, die eigentlich nur ergänzend privat versichert sind. Deutschland hatte damals außerdem 24,3 Millionen privat Zusatzversicherte.¹⁵ Im September 2016 waren über 48 Millionen Personen in der brasilianischen PKV mit Deckung für medizinische Leistungen versichert, zum Teil mit, zum Teil ohne zahnärztliche Leistungen. Über 22 Millionen hatten sich nur für zahnärztliche Leistungen versichert.¹⁶

Die Arbeit ist wie folgt aufgebaut: Sie fängt mit allgemeineren Betrachtungen über den Vergleich und die Vergleichbarkeit der beiden Systeme an. Gleichzeitig werden aber auch Informationen über die Methode der Untersuchung gegeben. Die Grundlagen des öffentlichen Gesundheitswesens in Deutschland und in Brasilien werden im Kapitel „C“ dargestellt.

Für die PKV habe ich im Kapitel „D“ erst die Oberbegriffe gesucht, welche die PKV charakterisieren; das sind Versicherungsprinzip, Äquivalenz und Vertrag. Danach konnte ich mich mit der Entstehung und aktuellen Gestaltung der entsprechenden privaten Krankenversicherungen befassen. Eine ähnliche Methode habe ich für Kapitel „E“ benutzt, das sich mit der öffentlichen Absicherung befasst. Kapitel „D“ und „E“ überschneiden sich teilweise. Die Finanzierungsfrage wird auch die private Finanzierung einschließen. Am Ende des Kapitels wird dann die Finanzierung der öffentlichen Absicherung in Deutschland und in Brasilien untersucht.

Außerdem wird die Entstehung der Krankenversicherung beleuchtet. Der Staat hat sich dieser Aufgabe erst allmählich angenommen. Irgendwann zwischen dem „Ende“ der privaten Fürsorge und der Entstehung der Sozialversicherung entwickelt sich die PKV, wobei am Anfang eine Unterscheidung zwischen privat und öffentlich schwierig war.

¹⁵ *Deutschland in Zahlen*, Tabelle: Versicherte in der Privaten Krankenversicherung - in Mio; *Verband der PKV*, Zahlenbericht 2014, S. 26 f.

¹⁶ *ANS*, Beneficiários de planos privados de saúde, por cobertura assistencial (Brasil - 2006-2016).

B. Der Vergleich und die Vergleichbarkeit

Die vergleichende Rechtswissenschaft folgt nicht einem völlig unabhängigen Weg, sondern sie lernt von den anderen vergleichenden Gesellschafts- oder Naturwissenschaften.¹⁷ Das zeigt z. B. ein Blick auf die Linguistik. Es ist interessant zu lesen, wie die Linguistik in ihrer Anfangsphase nach den Gemeinsamkeiten der Sprachen gesucht hat und dass sie derzeit alle Sprachen einbezieht. Außerdem entstehen durch den Vergleich ein neues Wissen über das Phänomen Sprache im Allgemeinen und Erkenntnisse über Struktur, Geschichte und Funktion der einzelnen Sprachen. Auch die Schilderung der Entstehung der vergleichenden Religionswissenschaft zeigt, dass die vergleichende Wissenschaft sich auf einem anderen Niveau entfaltet als die einzelnen Theologien, insbesondere wenn sie nach Funktion, Struktur, Entwicklung und Beziehung zu anderen sozialen Erscheinungen fragt. Es wird zudem beschrieben, dass das gleiche menschliche Bedürfnis nach Zusammenfassung und Zusammenschau die Entstehung der vergleichenden Rechtswissenschaft motiviert habe, die sich ebenfalls von der Wissenschaft von den einzelnen Rechtsordnungen unterscheidet.¹⁸ Außerdem hat sich die Rechtsvergleichung in ihrer Anfangsphase auch auf eine Suche nach Gemeinsamkeiten begeben.¹⁹ Es ist vielleicht eine Tendenz, dass angesichts hoher Komplexität zuerst die Gemeinsamkeiten gesucht und danach die Unterschiede erfasst werden.

Einerseits können wir nur die Systeme vergleichen, die wir kennen, andererseits wächst genau durch den Vergleich das Wissen über sie. Diese praktischen Hinweise helfen, zwei unterschiedliche Aspekte zu erklären: erstens, dass die Vergleichung hilft, Eigenschaften eines Systems zu erkennen;²⁰ zweitens dass die vergleichende Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft²¹ sozusagen eine kulturelle Erfahrung voraussetzt.

Für den ersten Punkt ist es notwendig, wieder daran zu erinnern, dass sich eine vergleichende Studie in einer anderen Ebene entfaltet als eine des nationalen Rechts. Außerdem haben die Gesundheitssysteme von Deutschland und Brasilien wahrscheinlich

¹⁷ Sacco, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 21.

¹⁸ Vgl. Rheinstein, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 17 f.

¹⁹ Sacco, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 16 f.

²⁰ Vgl. Sacco, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 21. Dazu vgl. auch Rheinstein, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 15 und S. 27, unter Ziele, Punkt 3.

²¹ Selbst die Rechtswissenschaft kann als Sozialwissenschaft bezeichnet werden, wenn man ihre Steuerungsfunktion in Betracht zieht. Vgl. Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 45. In Brasilien ist es nicht ungewöhnlich, das juristische Studium sowohl als „Jura“ als auch „Juristische und Sozialwissenschaften“ zu bezeichnen.

unterschiedliche Schwerpunkte bzw. Prinzipien. Vor diesem Hintergrund würde die Untersuchung eines Gesundheitswesens einen neuen Blick auf das andere ermöglichen. Das Gegenüberstellen der unterschiedlichen Vorgehensweise ermöglicht es so, strukturelle Regelmäßigkeiten zu erkennen, die sonst nicht beachtet würden.²² Außerdem wird die Lösung eines Gesundheitswesens vor dem Hintergrund der Lösung des Anderen gesehen und tendenziell nicht im Zusammenhang mit ihrer eigenen Rechtsordnung.²³

Für den zweiten Punkt kann man, wie erwähnt nur Systeme vergleichen, die man kennt. Warum also Deutschland und Brasilien? Die Wahl von Brasilien ist einfach zu erklären, da ich in dieser Rechtsordnung ursprünglich ausgebildet wurde, das ist sozusagen meine juristische Muttersprache. Die Wahl Deutschlands wird später begründet. An dieser Stelle kann ich aber schon erklären, warum nur zwei Gesundheitssysteme in juristischer Perspektive verglichen werden.

Der Gegenstand der Forschung ist ziemlich speziell, denn es handelt sich hier nicht um eine Untersuchung des Gesamtsystems, sondern nur eines bestimmten Problems.²⁴ Dennoch musste ich mich so viel wie möglich über den allgemeinen Kontext²⁵ sowohl der Sozialrechte als auch in Bezug auf das Verfassungsrecht informieren. Das Suchen von Materialien, das Besuchen von Vorlesungen, die unterschiedlichen Möglichkeiten für einen Austausch von Ideen werden begünstigt, wenn ich während der Forschung in dem Land wohne, dessen Recht verglichen werden soll. Wenn man aber berücksichtigt, dass nicht nur die Rechtsordnungen unterschiedlich sind, sondern auch die Mentalität, die Denkweise und die Form, wie die Probleme verarbeitet werden, dann wird die Notwendigkeit einer vollen Erfahrung im Land und dessen Kultur deutlicher. Auch das alltägliche Spüren und Vertiefen der Sprachkenntnisse leistet eine große Hilfe für diese Aufgabe. Für die üblichen drei Jahre

²² *Sacco*, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 20.

²³ Vgl. *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 43. Eine Bewertung der Lösungen wird nicht das primäre Ziel dieses Forschungsvorhabens sein, obwohl jede Forschungsentscheidung im Hintergrund schon eine Wertung mit sich bringt. Der Ausdruck „tendenziell“ wurde eingefügt, da mir erscheint, dass auch im Fall eines großen Forschungserfolges eine gewisse Anziehung für die eine oder andere Rechtsordnung besteht, insbesondere für die Rechtsordnung der Kultur, aus der der Forscher stammt. Die Beschreibung der Erfahrung der Rechtsethnologie von *Sacco* ist hilfreich, um zu erklären, was hier gemeint ist. Wenn der Rechtsethnologe die Rechte der traditionellen Gesellschaften untersucht, welche nicht geschrieben sind, muss er sie selber verbalisieren. Er wird seine eigenen Kategorien benutzen, obwohl er die Normen so ausdrücken will, wie diese Völker sie inhaltlich verstehen. Jedoch wird noch ein Unterschied bestehen zwischen der niedergeschriebenen Erfassung des Forschers und der Auffassung der Gesellschaft. Vgl. *Sacco*, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 31.

²⁴ Hier erkennt man grundsätzlich den Unterschied zwischen Makro- und Mikrovergleichung. Vgl. *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 4 f. Vgl. auch *Rheinstein*, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 31 f.

²⁵ Hier folge ich dem Hinweis, nach dem die beiden Formen des Vergleichs voneinander abhängen, obwohl sie unterschiedliche Wege darstellen. Vgl. *Rheinstein*, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 32. Vgl. *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 5.

Promotionsdauer ist die Herausforderung, das zu schaffen, schon groß genug. Es wäre deswegen nicht adäquat, mehrere Länder einzubeziehen.

Wenn wir aber unsere Aufmerksamkeit wieder auf die Wahl von Deutschland und Brasilien richten, können wir uns fragen, ob die Vergleichung in der Tat möglich ist. Hier kommen die ersten Aspekte der Frage nach der Vergleichbarkeit auf. Man könnte behaupten, dass beide Länder ganz unterschiedliche wirtschaftliche und soziale Dynamiken haben. Selbst im Bereich der Fragstellung könnte man behaupten, dass die tatsächlichen Verhältnisse ganz unterschiedlich sind, und zwar insofern, als in Deutschland die persönliche Wahl für die private Absicherung eine Sache des Komforts darstellt, wohingegen sich in Brasilien jede Person der öffentlichen Absicherung entzieht, sobald es ihr finanzieller Zustand ermöglicht. Wir müssten natürlich überprüfen, ob sich dieses Verhältnis zwischen den zwei Formen von Absicherung und ihr Kundenkreis tatsächlich so darstellt, wie es die Frage impliziert. Noch wichtiger für die Frage nach der Vergleichbarkeit ist es jedoch, die unterschiedlichen Schwerpunkte des Rechtsvergleiches zu betrachten.

Vorher wurde erwähnt, dass die vergleichende Rechtswissenschaft in ihrer Anfangsphase auf der Suche nach Gemeinsamkeiten war. In diesen Kontext erscheint es auf den ersten Blick so, dass die Ähnlichkeiten die Vergleichbarkeit bestimmen. Hier spielt stark die Suche nach der Parallelität der Rechtsinstitute hinein, aber auch die soziale bzw. wirtschaftliche Lage. Da kein System identisch zu einem anderen ist, auch wenn sie zur gleichen Familie gehören, werden neben den Ähnlichkeiten mehr oder weniger Unterschiede festgestellt werden. Die Suche nach den Ähnlichkeiten setzt auch voraus, dass Unterschiede erkannt werden. Ob die Verschiedenheiten groß oder klein sind, wird das Ergebnis der Forschung sein. Sowohl die kleinsten als auch die größten Unterschiede sind durch die vergleichende Rechtswissenschaft messbar.²⁶ Man könnte noch ergänzen, dass sowohl Identität als auch Verschiedenheit wertvoll sind, um ein System zu verstehen. Außerdem ist die Rechtsvergleichung mit der Analyse von unterschiedlichen Systemen schon viel weiter gekommen, sodass die möglichen Unterschiede zwischen Deutschland und Brasilien nicht mehr unverhältnismäßig groß erscheinen.²⁷ Identität und Verschiedenheit sind aber Variablen, die auf jeden Fall zu beachten sein werden.

²⁶ Vgl. *Sacco*, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 17, 19 f, 26, 28. *Sacco* zeigt (S. 16 f.), dass in ihrer Anfangsphase die Rechtsvergleichung ganz von der Suche nach Gemeinsamkeiten geprägt war und dass (S.17ff.) die Rechtsvergleicher sich nach dem ersten Weltkrieg bemüht haben, statt nur Gemeinsamkeiten zu suchen, Vereinheitlichung oder Angleichung zu schaffen.

²⁷ Wenn wir genauer nachdenken, könnten wir feststellen, dass das Vergleichen von Common Law und Civil Law keine Selbstverständlichkeit ist. In der Tat war bis 1920 umstritten, ob so ein Vergleich möglich ist. Vgl. *Sacco*, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 27 m. w. N. Auch die tiefen Unterschiede zwischen

Das Wesentliche ist aber, dass wir unsere Aufmerksamkeit, um die Vergleichbarkeit zu bestimmen, nicht auf die Parallelität von bestimmten Rechtsinstituten und Begriffen richten sollten. Selbst die Parallelität der sozialen, besser gesagt der wirtschaftlichen Lage ist nicht genau die Frage, sondern die Parallelität der Ausgangssituationen, der Problemstellung. Sie muss gerade von der dogmatischen Struktur der eigenen Rechtsordnung befreit werden. Der Ausgangspunkt müsse die wirtschaftlich-sozialen Probleme und Zwecke sein, die die Rechtsinstitute regulieren, und nicht die Normen selbst.²⁸ Durch diese Herangehensweise wird untersucht, wie im jeweiligen System das Problem gelöst wird. Es wird gesucht, was in diesen Systemen die gleiche Aufgabe, die gleiche Funktion erfüllt.²⁹ Danach kommen die unterschiedlichen sozialen und wirtschaftlichen Dynamiken in den Blick, um die Unterschiede im Kontext zu sehen. Die Frage nach der Funktion der Rechtsinstitute eröffnet daher die Möglichkeit, die Ursachen der Unterschiede zu erforschen und, durch das expandierte Erfahrungsmuster des Rechtsvergleiches, zu fragen, ob die Funktion adäquat und wirklich wie geplant verwirklicht wird.³⁰

Durch die Frage nach der Funktion kann die Komplexität sowohl der Unterschiede als auch der Ähnlichkeiten erfasst werden. Einerseits können ähnliche oder gleiche soziale Probleme in verschiedenen Rechtsordnungen auf sehr unterschiedliche Weise gelöst werden, auch wenn die Ergebnisse die gleichen sind.³¹ Andererseits sind die Möglichkeiten aber nicht unbegrenzt und Gemeinsamkeiten können wegen paralleler Entwicklung, gleicher geschichtlicher Herkunft (Tradition) oder Rezeption festgestellt werden.³² In dieser Hinsicht werde ich einerseits Vermutung über die Ähnlichkeit der praktischen Lösungen anstellen. Bereits am Anfang der Forschung kann man vermuten, an welchem systematischen Ort des ausländischen Rechtes eine Antwort auf das untersuchte Problem wahrscheinlich gefunden werden kann. Andererseits besitzen die Rechtsinstitute normalerweise unterschiedliche

sozialistischen und kapitalistischen Systemen könnten überwunden werden, da nach dem zweiten Weltkrieg die Mächte zusammengearbeitet und internationale Konventionen unterschrieben haben. Selbst zwischen ausgebildeten Systemen und Systemen des Ethnorechts könnte man eine gemeinsame strukturelle und funktionelle Eigenschaft finden, nämlich die Suche nach gemeinschaftlicher Ordnung durch die Wirksamkeit bestimmter Regeln. Vgl. *Sacco*, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 27, 29.

²⁸ Vgl. *Rheinstein*, Einführung in die Rechtsvergleichung, S.15, 26. Vgl. *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 33.

²⁹ Vgl. *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 33. Vor diesem Hintergrund und in Bezug auf die Ähnlichkeit der juristischen Probleme der unterschiedlichen Rechtsordnungen könnte man sogar sagen, dass alle Rechtssysteme miteinander vergleichbar sind, da die gleichen Fragen gestellt und der gleiche Maßstab angelegt werden könnte, auch wenn Unterschiede in den Gesellschaftsformen und in den Entwicklungsstufen bestehen. Vgl. *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 45, 33. Dazu suggestiv auch *Sacco*, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 26, 27.

³⁰ Vgl. *Rheinstein*, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 26 f., 28.

³¹ Vgl. *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 33.

³² Vgl. *Rheinstein*, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 33.

Funktionen, auch wenn sie gleich oder ähnlich erscheinen. Dadurch können die Ergebnisse der Forschung kontrolliert werden. Wenn gleiche Funktionen sich unterschiedlich entfalten, muss untersucht werden, ob es Gründe dafür gibt. Wenn keine Gründe ersichtlich sind, ist das möglicherweise entweder ein Problem der Fragstellung oder der Tragweite der Untersuchung, oder es liegt daran, dass der Forscher das untersuchte Rechtssystem durch seine nationale Rechtsordnung sieht und deswegen an den falschen Orten sucht.³³

Dies charakterisiert die Untersuchung der funktionellen Äquivalenzen, d.h. die Untersuchung von unterschiedlichen Möglichkeiten der Problemlösung, die ähnliche Effekte haben, sich aber in den Nebenwirkungen, der Wirksamkeit und politischen Durchführbarkeit unterscheiden. Hier kommen zum Beispiel die Unterschiede bzw. Ähnlichkeiten zwischen Instrumenten des öffentlichen und des privaten Rechts in Betracht. Es wird ausgeführt werden, dass die aktuelle Tendenz zur Privatisierung in der Sozialversicherung oft mit einer nachträglichen Regulierung verbunden sei, um die Lücken zu beseitigen, die das Fehlen der typischen öffentlichen Organisation verursacht. Das gleiche gelte für die unterschiedlichen Formen der Absicherung gegen Krankheit, die der Staat einsetzt, um einen möglichst umfassenden Versicherungsschutz für die Bevölkerung zu gewährleisten.³⁴ Diese Erkenntnis wird aber nicht allgemein verfolgt, sondern aus Perspektive der Forschungsfrage. Diese fragt danach, wie beide Länder die problematische Interaktion zwischen privater und öffentlicher Absicherung gegen Krankheit behandeln, wie sie die Anwendungsbereiche dieser Absicherungen abgrenzen und koordinieren.

Da im Rechtsvergleich der Schwerpunkt auf die Funktion der Rechtsinstitute anstelle der dogmatischen Struktur gesetzt wird, könnte man fragen, ob die Dogmatik hier keine Rolle spielte und ob die Arbeit daher ihren juristischen Wert verlöre.

Es wird vertreten, dass die rechtswissenschaftlichen Erkenntnisziele sich in drei unterschiedliche Ausrichtungen trennen würden: eine dogmatische, eine steuerungswissenschaftliche und eine kulturwissenschaftliche Dimension. Die erste Ausrichtung wird exklusiv durch Juristen betrieben, die anderen Dimensionen müssen sie mit Wissenschaftlern aus anderen Fachrichtungen teilen. Die dogmatische Dimension wird grundsätzlich durch die vier traditionellen Auslegungsmethoden entfaltet, und zwar die grammatische, die teleologische, die historische und die systematische Auslegungsmethode. In der steuerungswissenschaftlichen Dimension geht es darum, ein besseres Recht zu

³³ Vgl. *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 33 f, 39, 43. Vgl. *Rheinstein*, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 32, auch Fußnote 3.

³⁴ Vgl. *Graser*, Social Science Research Network, 18. Februar 2013, 1(4) und (17). *Graser* spricht allgemein über gleichheitsorientierte Politiken, hier wird dies aber im Kontext der Gesundheitssysteme betrachtet.

schaffen. Es muss diskutiert werden, welche Ziele zu verfolgen und welche Mittel einzusetzen sind. Die kulturwissenschaftliche Ausrichtung versucht grundsätzlich, das Recht als Phänomen in der Gesellschaft zu deuten.³⁵ Wenn man aber die Wirksamkeit eines bestimmten Rechtsinstitutes diskutieren oder verbessern will, muss die Verbindung zwischen Kultur und Recht berücksichtigt werden, wenn man beurteilen will, welche Mittel geeignet sind.

Parallel werden im diesem Kontext auch zwei Bereiche für die rechtsvergleichenden Erkenntnisziele anerkannt: Entsprechend der steuerungswissenschaftlichen Dimension kommt die Erweiterung des Lösungsvorrates hinzu und entsprechend der kulturwissenschaftlichen Ausrichtung die Kulturvergleichung. Hier ist die Verbindung zwischen den beiden Dimensionen noch stärker. Möchte der Anwender den Erfolg seiner Aufgabe nicht von Glück oder Zufall abhängig machen, erfordert die Rezeption, Vereinheitlichung oder Angleichung auch die Kenntnis der kulturellen Gegebenheiten, in denen das entsprechende Rechtsinstitut oder die juristische Lösung eingesetzt wird.³⁶

Diese abstrakten Gedanken werden klarer, wenn man beachtet, dass sowohl allgemein für die Rechts- als auch konkret für die Sozialrechtsvergleichung ein bestimmter Stoff juristischen Materials erfasst und verstanden werden muss. Dafür ist die Dogmatik eine notwendige Voraussetzung, um alle Informationen zu systematisieren und unter Berücksichtigung anderer Erscheinungsformen der Gesellschaft zu interpretieren. Hier wird erkennbar, dass die in erster Linie bloß theoretischen Ziele der Wissenschaft auch ihre praktische Seite haben und dass die Dogmatik doch wesentlich ist.³⁷ Außerdem wird die mögliche Verbindung zwischen den praktischen und den theoretischen Zielen sichtbar. Die begrenzteren praktischen Ziele werden durch das breitere Erkenntnismaterial unterstützt. Die praxisorientierte Forschung ist eine Möglichkeit, die praktische Umsetzung ist aber nicht der wichtigste sie rechtfertigende Grund.³⁸

Deswegen wird meine Untersuchung der funktionellen Äquivalenzen zwischen unterschiedlichen Formen der Absicherung die Dogmatik und die juristische Perspektive nicht verlassen. Die Erforschung der funktionellen Äquivalenzen ermöglicht es, Erkenntnisse

³⁵ Vgl. Graser, In: Becker, Die Familie im Gefüge der Solidargemeinschaften – Ein Ansatz soziologisch orientierter Rechtsvergleichung, S. 386 ff.

³⁶ Vgl. ebd. Ob der Rechtsvergleich in der Tat eine Rolle für die Entfaltung der Dogmatik hat, ist hoch umstritten.

³⁷ Vgl. ebd.

³⁸ Dass die Vergleichung Prozesse von Rechtsrezeption, von Vereinheitlichung oder Angleichung begünstigen könnte, ist eine praktische Folge, die mit dem prioritären Ziel der Wissenschaft, Erkenntnisse über die Wirklichkeit zu gewinnen, nicht vermischt werden sollte. Vgl. Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 3. Vgl. Sacco, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 13. Er bezweifelt, ob der Verbreitung rechtlicher Modelle regelmäßig eine gründliche Vergleichung vorausgehe (vgl. S. 26).

darüber zu gewinnen, wie die Interaktion zwischen öffentlicher und privater Absicherung sich in unterschiedlichen Gestaltungen entfaltet. Dadurch kann man besser erkennen, ob die konkrete Struktur des Gesundheitswesens Vorteile oder Nachteile bringt und ob die geschichtliche Entwicklung bestimmte Tendenzen verursacht hat. Außerdem kann untersucht werden, ob Widersprüche zwischen den Leitprinzipien des Gesundheitswesens und seinen tatsächlichen Wirkungen bestehen. Ferner ermöglicht dieses Vorgehen zu erforschen, welche Wege in den jeweiligen Rechtsordnungen gefunden werden, um eine ausreichende Absicherung gegen Krankheit zu verfolgen.

Untersucht werden solle die Systeme Deutschlands und Brasiliens. Das eine wird als Versicherungssystem bezeichnet, das andere als Versorgungssystem.³⁹ Aus Deutschland kommt ursprünglich ein Modell, das in vergleichenden Studien im Bereich des Gesundheitswesens als Bismarcksches Modell bezeichnet wird. Brasilien gestaltet hingegen sein Gesundheitswesen nach dem Vorbild des sogenannten Beveridge Modell, das nach dem Zweiten Weltkrieg in England entstanden ist.⁴⁰ Für beide Arten der Organisation der öffentlichen Absicherung bleibt im Hintergrund aber die Idee des Sozialstaates, welche auch durch die geschichtliche Entwicklung in Deutschland geprägt ist.⁴¹

³⁹ Für die Terminologie ist es wichtig hervorzuheben, dass für den Begriff *Versicherungssystem* mit ähnlicher Bedeutung auch die Wörter *Sozialversicherungssystem* oder *Krankenversicherungssystem* benutzt werden, und für den Begriff *Versorgungssystem* auch die Wörter *Gesundheitsversorgungssystem*, *staatliches Versorgungssystem*, *nationales Versorgungssystem*, *nationaler Gesundheitsdienst* oder *öffentlicher Gesundheitsdienst*. Auch stellt sich zudem das Wort „Volksversicherung“ oder „Bürgerversicherung“ als Synonym für das Versorgungssystem dar. Ich halte für möglich, dass der Begriff „Volksversicherung“ oder „Bürgerversicherung“ einerseits auf Teilaspekte eines Versicherungssystems und andererseits auf Teilaspekte eines Versorgungssystems hinweist.

⁴⁰ Vgl. *Schölkopf*, Das Gesundheitswesen im internationalen Vergleich, S. 2 ff. Vgl. *Wendt*, Krankenversicherung oder Gesundheitsversorgung? S. 44 ff. Vgl. *Sacardo*, As peculiaridades dos sistemas de saúde dos países membros do Mercosul, S. 59 ff. *Schölkopf* entwickelt eine umfassendere Typologie als die klassische, die zwischen drei Arten der Gesundheitssysteme unterscheidet. Letztere unterscheidet das Fürsorgesystem (Beispiel USA), das Bismarcksche Modell (anders gesagt, das Sozialversicherungssystem, Beispiel dafür ist Deutschland) und das Beveridge-Modell (anders gesagt den nationalen Gesundheitsdienst, Beispiel dafür ist England). *Schölkopf* betrachtet dagegen zum Beispiel neben den nationalen Gesundheitsdiensten eine Gruppe von Ländern selbständig, die den öffentlichen Gesundheitsdienst auf der regionalen Ebene organisieren. Gleiches gilt für Länder, deren Gesundheitssysteme auf lokaler Ebene organisiert sind. Das (Sozial-) Versicherungssystem wird auch in zwei Gruppen geteilt. Das brasilianische System wäre demnach ein öffentlicher Gesundheitsdienst, der auf drei Regierungsebenen durchgeführt wird: Bund, Länder, Gemeinden. Jede Ebene besitzt ihre Kompetenzen in der Regel gemäß der Komplexitätsstufe.

⁴¹ Hier ist gemeint, dass Deutschland für die Formgebung der Idee des modernen Sozialstaates eine Rolle gespielt hat. Unter anderem können die Sozialversicherungsgesetze der 1880er Jahre zitiert werden, die als erstes modernes System sozialer Sicherheit erwähnt sind. *Ritter*, Der Sozialstaat, S. 22 m. w. N. Es ist hier auch zu erwähnen, dass die Begriffe des *Sozialstaates* (ein Begriff, der seinen Ursprung in Deutschland hat und nach dem Zweiten Weltkrieg im deutschsprachigen Raum üblich geworden ist, vgl. S. 11 ff.) und der *sozialen Sicherheit* (der seinen Ursprung in den USA hat und Zentralbegriff des Beveridge-Planes von 1942 war, vgl. S. 14 ff.) sich teilweise überschneiden (vgl. insbesondere S. 16). Der Begriff Sozialstaat ist aber breiter als der der sozialen Sicherheit (S. 16): „Zu den Aufgaben des Sozialstaates gehört nicht nur der Schutz der sozialen Sicherheit des einzelnen aufgrund von Maßnahmen der Einkommenssicherung bei Alter, Invalidität, Krankheit, Unfall und Arbeitslosigkeit, durch Hilfe für große Familien, Gesundheitsfürsorge und

Es ist daher zu bejahen, dass Brasilien mit anderen Ländern verglichen werden kann; England wäre ein Beispiel. Es besteht die Wahl zwischen einem Land, das sozusagen aus der gleichen Familie kommt (England) und einem Land aus anderer Tradition (Deutschland). In diesem Kontext ist die Wahl nicht auf das eine oder das andere festgelegt. Jedoch wäre der Hintergrund des Vergleiches unterschiedlich: Mit England lernt man eher aus Ähnlichkeiten und mit Deutschland eher aus Unterschieden. Außerdem folgen beide Gestaltungen - Versicherung und Versorgung - traditionell zumindest teilweise der Idee des Sozialstaates, sodass eine Verbindung besteht und der Abstand nicht so drastisch sein kann.

Ein Vergleich mit England wäre im Prinzip eine nützliche und realistische Alternative. Zu bedenken ist, dass nicht nur die Gestaltungen der Gesundheitswesen betrachtet werden sollen, sondern auch die juristische Ordnung. In diesem Kontext rückt Deutschland näher an Brasilien als England, da sowohl Deutschland als auch Brasilien *Civil-Law-Rechtsordnungen* darstellen und England ein *Common-Law-System* betreibt. Es ist daher zu vermuten, dass die Urteile der Gerichte sowie die Gesetze in Deutschland und in Brasilien allgemein ähnliche Werte besitzen. Das Gleiche gilt für den prozessualen Hintergrund. Außerdem ist zu erwarten, dass die Entfaltung der Dogmatik durch ähnliche Techniken betrieben wird, sodass die Vergleichung mit Deutschland wahrscheinlich harmonischer ablaufen wird.

Damit ist aber nur gemeint, dass es genügend Gründe für den Vergleich mit Deutschland gibt und auf keinen Fall, dass die Vergleichung mit England unmöglich oder nicht nützlich sein könnte. Für eine Rechtsvergleichung im hier behandelten Bereich gäbe es eine Vielzahl von Möglichkeiten. Neben dem Vergleich mit England und Deutschland kämen zum Beispiel Portugal und Frankreich in Betracht, die *Civil-Law-Rechtsordnungen* darstellen. Das erste betreibt einen nationalen Gesundheitsdienst und das zweite ein Sozialversicherungssystem.⁴²

Im Bewusstsein, dass mit dem Vergleich zwischen Deutschland und Brasilien eher durch den Kontrast Erkenntnis gesucht werden kann, folgt im nächsten Abschnitt eine Darstellung der Grundlagen der entsprechenden öffentlichen Absicherungen gegen Krankheit.

sozialen Wohnungsbau. Kennzeichen des Sozialstaates sind auch die Versuche zum Ausgleich unterschiedlicher Startchancen des einzelnen durch ein staatliches Erziehungs- und Bildungswesen und die partielle Umverteilung von Einkommen durch das Steuersystem, ferner die Regulierung des Arbeitsmarktes und der Arbeitsbedingungen durch Maßnahmen des Schutzes für Arbeitnehmer. Der Begriff des Sozialstaates betont die Bedeutung von Selbsthilfeorganisationen der am Wirtschaftsprozess Beteiligten, indem er u.a. das Koalitions- und Streikrecht garantiert.“ (S. 16) Es ist hervorzuheben, dass der Begriff der sozialen Sicherheit auch in Deutschland Gebrauch findet (vgl. S. 16) und außerdem selbst die Schwierigkeiten, eine klare Typologie zu entwickeln (vgl. S. 8 ff.), zeigen, dass die unterschiedlichen Gestaltungen sich vermischen.

⁴² Vgl. Schölkopf, Das Gesundheitswesen im internationalen Vergleich, S. 3 f.

C. Die Gestaltung der öffentlichen Absicherung in Deutschland und in Brasilien

I. Die Prinzipien der öffentlichen Absicherung in Deutschland

Hier werden die Grundlagen des deutschen öffentlichen Gesundheitswesens vorgestellt. Die Beschreibung hat als Schwerpunkt erstens das Sozialstaatsgebot, zweitens die Selbstverwaltung, drittens das Solidarprinzip, viertens das Bedarfsdeckungsprinzip, fünftens das Sachleistungsprinzip und sechstens die Versicherung sowie mit ihr eng verbundene Begriffe.

1. Sozialstaatsgebot

Anhand des Sozialstaatsgebots wird erläutert, dass der Staat eine Verpflichtung für die Daseinsvorsorge habe und, dass daraus eine Letztverantwortung für die Absicherung und Versorgung im Fall von Krankheit folge. Geschildert wird zudem, dass der Staat dieser Pflicht für die Absicherung und Versorgung im Fall von Krankheit sowohl mit eigener Struktur als auch mittels einer Struktur von Dritten nachkommen dürfe. Hier ist auch die gesetzliche Krankenversicherung (GKV) gemeint, da sie in gewisser Abgrenzung zum Staat durch die Selbstverwaltung geleitet wird. In diesem letzten Fall soll der Staat Aufsicht und Regulierung ausüben. Er garantiert die Rahmenbedingungen für einen ausreichenden Versicherungsschutz für die Bevölkerung.⁴³

Wie lässt sich aber behaupten, dass der Staat eine solche Verantwortung und Zuständigkeit hat? Zuerst möchte ich kurz wesentliche normative Aspekte darstellen. Laut Art. 20 Abs.1 GG ist die Bundesrepublik Deutschland ein demokratischer und sozialer Bundesstaat und nach Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG muss die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern den Grundsätzen des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Sinne des Grundgesetzes entsprechen. § 1 Abs. 1 SGB I bestimmt die Aufgaben der Sozialgesetzbücher, nämlich die „Verwirklichung sozialer Gerechtigkeit und sozialer Sicherheit“. Die Leistungen sollen dazu beitragen, „ein menschenwürdiges Dasein zu sichern, gleiche Voraussetzungen für die freie Entfaltung der Persönlichkeit, insbesondere auch für junge Menschen zu schaffen, die Familie zu schützen und zu fördern, den Erwerb des

⁴³ Vgl. Simon, Das Gesundheitssystem in Deutschland, S. 103.

Lebensunterhalts durch eine frei gewählte Tätigkeit zu ermöglichen und besondere Belastungen des Lebens, auch durch Hilfe zur Selbsthilfe, abzuwenden oder auszugleichen“.⁴⁴

Innerhalb der vielen offenen Begriffe, die erwähnt wurden, möchte ich zwei Beispiele geben, um die Grundgedanken besser zu verdeutlichen. Als erstes Beispiel nehme ich die Aufgabe, „ein menschenwürdiges Dasein zu sichern“ und „gleiche Voraussetzungen für die freie Entfaltung der Persönlichkeit“⁴⁵ zu schaffen. Dafür sind sowohl Maßnahmen der Förderung als auch Schutzmaßnahmen notwendig. Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG z. B. gewährleistet das Eigentum. Er gewährt damit auch freien Raum für die freie Entfaltung der Persönlichkeit des Einzelnen, in dem er gewisse Güter erwerben, besitzen und über sie verfügen darf. Und wenn der Einzelne zum Beispiel gegen die Risiken Arbeitslosigkeit, Krankheit oder Alter versichert ist, ist das eine positive Maßnahme, um einen gewissen Lebensstandard zu sichern und damit auch ein menschenwürdiges Dasein. In dieser Weise verstehe ich die Behauptung von ZACHER, nach der die Freiheitsrechte ein *vertikales Konzept* von Freiheit haben, während die Sozialrechte über ein *horizontales Konzept* verfügen, ein Mehr an Gleichheit, das die Gesellschaft fördert.⁴⁶

Wir können hier schon eine potenzielle Spannung zwischen Freiheit und Gleichheit erkennen. Dies ist auch der Ort, um zu fragen, was genau diese *Letztverantwortung* für die Absicherung und Versorgung im Fall von Krankheit bedeutet. Die Antwort könnte lauten, dass die Krankenversorgung nicht vollständig unter den freien Kräften des Marktes stehen dürfe.⁴⁷

Die Verfassung hat sich für das Gegenüber von Staat und Gesellschaft entschieden. Die Parteien in der Demokratie werden durch unterschiedliche Gruppen der Gesellschaft gebildet. Diese werden Glieder der staatlichen Gewalt, wenn sie Parlament und Regierung erreichen. Das Rechtsstaatsprinzip begrenzt die Ausübung der staatlichen Macht zugunsten der Individuen und der Gruppen der Gesellschaft. Der gleiche Staat, der sich auch als sozial bezeichnet, hat dies zu beachten. Das ist nur ein allgemeines Beispiel, um zu zeigen, dass nicht nur das Sozialstaatsziel verfolgt werden muss, sondern dass auch freie Räume für den Einzelnen und die Gesellschaft gelassen werden sollen. Der Staat darf nur eingreifen, um der Gesellschaft die Verwirklichung des sozialen Ziels zu ermöglichen oder wenn diese das soziale Ziel allein nicht bewirken kann. Als allgemeine Beispiele könnte ich hier die Ziele

⁴⁴ § 1 Abs. 2 SGB I.

⁴⁵ § 1 Abs. 2 SGB I.

⁴⁶ Vgl. Zacher, in: Becker/Ruland, Das soziale Staatsziel, S. 33 f.

⁴⁷ Vgl. Simon, Das Gesundheitssystem in Deutschland, S. 104.

erwähnen, „den Erwerb des Lebensunterhalts durch eine freie gewählte Tätigkeit zu ermöglichen“ und die Leistungen, die als Hintergrund eine „Hilfe zur Selbsthilfe“⁴⁸ haben.⁴⁹

Durch die Überbetonung der Gleichheit könnte der Staat einen intensiven Zusammenhalt innerhalb der Gesellschaft bezwecken. Freiräume müssen den Einzelnen aber gewährleistet werden. Die Gleichheit sei deswegen unter der Voraussetzung der Ungleichheit zu fördern. Sie könne nicht aufgehoben, sondern nur minimiert werden. Eine freie Gesellschaft sei eine ungleiche Gesellschaft. Weiter ist auch zu erwähnen, dass jede Maßnahme nur wenige Aspekte der Ungleichheit verarbeiten könne und notwendigerweise viele andere vernachlässigen werde. Zudem produziere die Maßnahme selbst weitere Ungleichheiten, auch weil sie auf Basis ungleicher Gegebenheiten wirkt.⁵⁰

Aus dem Sozialstaatsgebot ergibt sich also die Letztverantwortung des Staates für die Absicherung und Versorgung im Fall von Krankheit. Der Verpflichtung kann er entweder mit eigener Struktur oder mit der Struktur von Dritten nachkommen. In diesem letzten Fall soll er Aufsicht und Regulierung ausüben, er garantiert die Rahmenbedingungen für einen ausreichenden Versicherungsschutz für die Bevölkerung. Dieses Schema ist nur scheinbar einfach. Die Krankenversorgung darf nicht vollständig unter den freien Kräften des Marktes stehen. Der Staat darf sie aber auch nicht vollständig verstaatlichen. Das Problem hier ist, dass keine definitiven Grenzen festgelegt sind und vermutlich auch nicht festgelegt werden können.

In der deutschen GKV mit ihrer Selbstverwaltung und mit dem Gegenüber der PKV wird das Problem der Grenzen deutlich. Die Selbstverwaltung ist etwas, das die Funktionsweise der GKV der PKV annähert. Mit unterschiedlichen Grundlagen muss der Staat für beide Formen von Absicherung die Rahmenbedingungen für einen ausreichenden Versicherungsschutz gestalten.

⁴⁸ § 1 Abs. 2 SGB I.

⁴⁹ Vgl. *Zacher*, in: Becker/Ruland, Das soziale Staatsziel, S. 18 ff.

⁵⁰ Vgl. *Zacher*, in: Becker/Ruland, Das soziale Staatsziel, S. 33 f. m. w. N. Dies sind meine freien Überlegungen, die den Text von Zacher als Hintergrund haben.

2. Selbstverwaltung

Die deutsche GKV ist in mehrere Krankenkassenarten unterteilt,⁵¹ innerhalb derer sich die einzelnen Kassen eingliedern. Diese sind als *rechtsfähige Körperschaften des öffentlichen Rechts mit Selbstverwaltung* ausgestaltet.⁵² Sie zählen zur mittelbaren Staatsverwaltung und stehen unter staatlicher Aufsicht. Die Krankenkassen sind selbständige Organisationen, die Staatsaufgaben im eigenen Namen übernehmen.⁵³ Es gibt also in Deutschland keinen Einheitsträger, obwohl Neuregelungen zu einer gewissen Zentralisierung führen, wie z.B. die kassenartenübergreifenden Fusionen des § 171 a SGB V.⁵⁴ Die Daten über die Zahl der Krankenkassen stimmen mit dieser Feststellung überein. Im Jahre 1970 gab es 1.815 Krankenkassen, 2015 nur noch 124.⁵⁵

Die Krankenkassen haben als Selbstverwaltungsorgane einen Verwaltungsrat und einen Vorstand.⁵⁶ Der Verwaltungsrat wird von den Versicherten und den Arbeitgebern gewählt.⁵⁷ Er wählt seinerseits den Vorstand.⁵⁸ Die Amtsdauer beider Organe beträgt sechs Jahre.⁵⁹ Der Verwaltungsrat beschließt unter anderem die Satzung und sonstiges autonomes Recht, bestimmt den Haushaltsplan und überwacht den Vorstand.⁶⁰ Diesem wiederum obliegt in der Regel die Verwaltung und die Vertretung des Versicherungsträgers.⁶¹ Der Spitzenverband Bund der Krankenkassen wurde durch das Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbs in der GKV vom 26. März 2007 (GKV-WSG) geschaffen und ersetzt die vorher nach Kassenarten gegliederten Einzelverbände.⁶² Er vertritt die Interessen der Krankenkassen auf Bundesebene und ist verantwortlich für die Aufgaben der GKV, die eine einheitliche Behandlung verlangen.⁶³ Zum Beispiel trifft er Entscheidungen zur Organisation des

⁵¹ § 4 Abs. 2 SGB V.

⁵² § 4 Abs. 1 SGB V.

⁵³ Mühlhausen, in: Becker/Kingreen, SGB V, § 4 Rn. 3 f., hier kurz zusammengefasst. Dazu auch: Zuck, in: Quaas/Zuck, Medizinrecht, § 7 Krankenkassen Rn. 8 f.; Nebendahl, in: Spickhoff, SGB V, § 4 Rn. 1 ff.

⁵⁴ Vgl. Becker/Kingreen, Einführung, in: SGB V, S. XII.

⁵⁵ GKV-Spitzenverband, Grafik, Anzahl der Krankenkassen im Zeitablauf.

⁵⁶ § 197 Abs. 1 SGB V und § 197 Abs. 1 Nr. 1a SGB V verweisen in Bezug auf die Krankenkassen undifferenziert auf diese Organe. § 31 Abs. 3a SGB IV verweist auf die Orts-, Betriebs- und Innungskrankenkassen und auf die Ersatzkassen. Siehe auch § 31 Abs. 1 S. 1 SGB IV.

⁵⁷ § 46 Abs. 1 SGB IV i.V.m § 33 Abs. 1 S. 3 SGB IV.

⁵⁸ § 35a Abs. 5 S. 1 SGB IV.

⁵⁹ § 58 Abs. 2 S. 1 SGB IV; § 35a Abs. 3 S. 1 SGB IV.

⁶⁰ § 197 Abs. 1 Nr. 1 SGB V; § 197 Abs. 1 Nr. 1a SGB V; § 197 Abs. 1 Nr. 2 SGB V.

⁶¹ § 35 Abs. 1 S. 1 SGB IV.

⁶² Siehe Art. 1 Nr. 149 GKV-WSG vom 26. März 2007, Bundesgesetzblatt 2007, Teil I, Nr. 11, Bonn: 30. März 2007, S. 378 (BGBl. I S. 378); siehe auch § 217 a SGB V und § 217 f Abs. 5 SGB V.

⁶³ Bannenberg, in: Nagel, Gesetzliche Krankenversicherung, S. 68 f. Siehe § 217 f SGB V.

Qualitäts- und Wirtschaftlichkeitswettbewerbs der Krankenkassen.⁶⁴ Die Kassenärzte und die Kassenzahnärzte bilden für jedes Land eine Kassenärztliche und eine Kassenzahnärztliche Vereinigung⁶⁵ und diese ihrerseits bilden die Kassenärztliche und die Kassenzahnärztliche Bundesvereinigung⁶⁶. Gegliedert in Spitzen- und Landesverbände der Krankenhäuser sorgt die Deutsche Krankenhausgesellschaft (DKG) für die Erhaltung und Verbesserung der Leistungsfähigkeit des Sektors und hilft staatlichen Organen und öffentlich-rechtlichen Körperschaften bei der Vorbereitung und Durchführung von Gesetzen.⁶⁷

Der Gesetzgeber ist nur für die Rahmenbedingungen der medizinischen Versorgung verantwortlich, die konkrete Gestaltung bestimmt die Selbstverwaltung.⁶⁸ Die Selbstverwaltung ihrerseits wird gemeinsam durch die Ärzte, Zahnärzte, Psychotherapeuten, Krankenhäuser und Krankenkassen ausgeübt. Das oberste Beschlussgremium dieser Selbstverwaltung ist der Gemeinsame Bundesausschuss.⁶⁹ Er beschließt unter anderem Richtlinien über die ärztliche und zahnärztliche Behandlung; Maßnahmen zur Früherkennung von Krankheiten, Einführung neuer Untersuchungs- und Behandlungsmethoden, Verordnung von Arznei-, Verband-, Heil- und Hilfsmitteln, Krankenhausbehandlung, häuslicher Krankenpflege und Sozialtherapie, Verordnung von Krankentransporten, spezialisierte ambulante Palliativversorgung und Schutzimpfungen.⁷⁰ Der Ausschuss wird durch die Kassenärztliche Bundesvereinigung, die Deutsche Krankenhausgesellschaft und den Spitzenverband Bund der Krankenkassen gebildet.⁷¹ Sein Beschlussgremium besteht aus einem unparteiischen Vorsitzenden, zwei weiteren unparteiischen Mitgliedern, einem Mitglied aus der Kassenzahnärztlichen Bundesvereinigung, zwei aus der Kassenärztlichen Bundesvereinigung, zwei aus der Deutschen Krankenhausgesellschaft und fünf aus dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen.⁷²

⁶⁴ § 217 f Abs. 4 SGB V.

⁶⁵ § 77 Abs. 1 S. 1 SGB V.

⁶⁶ Der Text des § 77, Abs. 4, S. 1 SGB V ist insoweit nicht deutlich; deswegen dazu auch: KZBV, Kassenzahnärztliche Bundesvereinigung, Aufgaben der KZBV. „Die Kassenzahnärztliche Bundesvereinigung (KZBV) ist eine Körperschaft des öffentlichen Rechts. Sie vertritt die Interessen der rund 53.000 Vertragszahnärztinnen und Vertragszahnärzte (\"Kassenzahnärzte\") Deutschlands. Die Aufgaben der KZBV, wie auch deren Mitgliedsorganisationen, die Kassenzahnärztlichen Vereinigungen der Länder (KZVen), resultieren aus den gesetzlichen Aufträgen im Vierten Kapitel des Sozialgesetzbuches V (SGB V).“

⁶⁷ *Deutsche Krankenhausgesellschaft (DKG), Aufgaben und Ziele*, Deutsche Krankenhausgesellschaft e.V., 2016.

⁶⁸ *Bannenbergh*, in: Nagel, Gesetzliche Krankenversicherung, S. 70.

⁶⁹ Ebd., S. 68.

⁷⁰ § 92 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 bis 15 SGB V.

⁷¹ § 91 Abs. 1 S. 1 SGB V.

⁷² § 91 Abs. 2 S. 1 SGB V.

3. Solidarprinzip

In den allgemeinen Vorschriften des SGB V sind nebeneinander in § 1 die Stichwörter *Solidarität* und *Eigenverantwortung* hervorgehoben. In § 3 wird die *solidarische Finanzierung* behandelt. Weiter werden die GKV und ihre Prinzipien durch den Vergleich mit der PKV zu erklären versucht. „Während in der Versicherungswirtschaft das Äquivalenzprinzip gilt, nach dem Beitrag und Versicherungsleistung in einem äquivalenten Verhältnis zueinander stehen sollen, gilt in der Sozialversicherung das Solidaritäts- und Bedarfsdeckungsprinzip.“⁷³

Die GKV wird als Solidargemeinschaft bezeichnet.⁷⁴ Die solidarische Finanzierung bedeutet, dass die Krankenkassen für die Erfüllung ihrer Aufgaben durch Beiträge finanziert werden.⁷⁵ Sie werden von den Arbeitgebern und von den Mitgliedern erhoben.⁷⁶ Die versicherten Familienangehörigen müssen keine Beiträge aufbringen.⁷⁷ Durch die Mitgliedschaft in einer Solidargemeinschaft wird gegenseitige Hilfe und Unterstützung gewährt. Alle Beitragszahler tragen die Finanzierung gemeinsam, so konkretisiert sich das Solidarprinzip in der GKV. Der Rechtsanspruch, der gegenüber der Solidargemeinschaft entsteht, kann eingeklagt werden.⁷⁸ Diese letzte Behauptung von SIMON trifft grundsätzlich zu, jedoch bedarf dies einer Erklärung. Dass die Rechtsansprüche der Versicherten eingeklagt werden können, bestimmt § 13 Abs. 3 SGB V. Man würde diese Möglichkeit aber nicht direkt an das Solidarprinzip binden. Denn § 3 S. 1 und 2 SGB V werden als Normen gesehen, die kaum einen individuellen Anspruch konkret begründen. § 3 S. 3 SGB V stellt hingegen ein juristisch greifbares Verbot dar⁷⁹ – anders als in Brasilien, wo man tendenziell aus Prinzipien individuelle Rechtsansprüche ableitet.⁸⁰

⁷³ Simon, Das Gesundheitssystem in Deutschland, S. 105.

⁷⁴ § 1 S. 1 SGB V.

⁷⁵ Vgl. § 3 S. 1 SGB V.

⁷⁶ § 3 S. 2 SGB V.

⁷⁷ § 3 S. 3 SGB V.

⁷⁸ Simon, Das Gesundheitssystem in Deutschland, S.104 f.

⁷⁹ Rixen, in: Becker/Kingreen, SGB V, § 3 Rn. 1 ff.; Nebendahl, in: Spickhoff, SGB V, § 3 Rn. 1 ff.

⁸⁰ Schon in der brasilianischen Verfassung wird das offensichtlich. Nach Art. 5 § 2. CF schließen in Bezug auf den Grundrechtskatalog die Rechte, welche ausdrücklich anerkannt wurden, solche Rechte nicht aus, die aus den verfassungsmäßigen Prinzipien folgen. Vgl. Art. 5 § 2 Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988 (CF) [Verfassung der Föderativen Republik Brasilien vom 05. Oktober 1988], abrufbar unter:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Zuletzt geprüft am 01. 02. 2017. Man kann sich aber auch fragen, ob sich diese Herangehensweise aus dem kulturellen Hintergrund erklärt – insbesondere im Licht des in Kapitel „F.II.3“ dargestellten Sachverhalts.

Es ist auch üblich, die GKV durch einen internen Solidarausgleich oder, anders gesagt, durch eine Umverteilung zwischen Jungen und Alten, zwischen Kranken und Gesunden, zwischen Mitgliedern mit hohem und mit niedrigem Einkommen, zwischen Ledigen und Familien sowie zwischen kinderlosen und kinderreichen Familien zu charakterisieren.⁸¹ Eine Meinung lehnt diese Darstellung ab. Alle Beitragszahler kämen für die anfallenden Kosten auf. Die Solidargemeinschaft der GKV in einzelne «Solidarausgleiche» aufzuspalten, impliziere letztlich die Anwendung des Äquivalenzprinzips, weil jede dieser Gruppen allein aufzukommen habe.⁸² Aber gerade von einzelnen Solidarausgleichen ist nicht die Rede. Der interne Solidarausgleich bezieht sich auf Umverteilungseffekte innerhalb der Solidargemeinschaft der GKV. Diese stehen im Zusammenhang mit der Solidarität, welche schon in der Beitragsfinanzierung ihren Ausdruck findet.

Die Beiträge der GKV sind einkommensproportional gestaltet,⁸³ das heißt sie richten sich nach der Leistungsfähigkeit, während der Anspruch auf Leistung sich nach der Notwendigkeit richtet.⁸⁴ Hier wird auf das Bedarfsdeckungsprinzip hingewiesen, das Thema des nächsten Unterkapitels. „Es gibt keinen Zusammenhang zwischen der Höhe des Beitrags und dem Umfang der Leistungen in der GKV. [...] Jeder Versicherte hat Anspruch auf alle medizinisch notwendigen Leistungen, seien sie auch noch so teuer.“⁸⁵ Die Höhe der Beiträge ist aber durch eine Bemessungsgrenze beschränkt.⁸⁶ Im Jahr 2014 betrug das höchste Einkommen, die als Bemessungsgrundlage berechnet werden durfte, 48.600 Euro. Was dies überschreitet, wird nicht berücksichtigt.⁸⁷ Nach OFFE hatte die Bemessungsgrenze die Funktion, die Bereitschaft der Bessergestellten zur Solidarität zu erhalten.⁸⁸ Die Teilnahme an der Solidargemeinschaft hängt in der Regel nicht von der freiwilligen Entscheidung des Versicherten ab,⁸⁹ sondern es entsteht eine Versicherungspflicht kraft Gesetzes.⁹⁰ Für die Versicherungsfreiheit besteht im Übrigen § 6 SGB V.

Nach OFFE kann eine institutionelle Lösung für eine soziale Problemlage trotz der Gegensätze zwischen relevanten gesellschaftlichen Akteuren Akzeptanz erlangen, wenn

⁸¹ Vgl. *Offe*, in: Sachße/Engelhardt, Akzeptanz und Legitimität strategischer Optionen in der Sozialpolitik, S. 182 f. Vgl. *Hase*, in: Ebsen, Die Organisation der GKV: Versicherte, Träger, und Finanzierung, S. 28.

⁸² *Simon*, Das Gesundheitssystem in Deutschland, S. 107. M. w. N.

⁸³ Vgl. *Offe*, in: Sachße/Engelhardt, Akzeptanz und Legitimität strategischer Optionen in der Sozialpolitik, S. 183 f.

⁸⁴ *Simon*, Das Gesundheitssystem in Deutschland, S. 105 f. M. w. N.

⁸⁵ Ebd., S. 105.

⁸⁶ Vgl. § 223 Abs. 3 SGB V.

⁸⁷ *Becker/Kingreen*, Einführung, in: SGB V, S. XX.

⁸⁸ Vgl. *Offe*, in: Sachße/Engelhardt, Akzeptanz und Legitimität strategischer Optionen in der Sozialpolitik, S. 183 f.

⁸⁹ *Simon*, Das Gesundheitssystem in Deutschland, S. 105 f.

⁹⁰ § 5 SGB V.

Sicherheit besteht, dass nur solche Personen in den Genuss der erwarteten Leistungen kommen, die entweder selbst Beiträge geleistet haben oder die die Voraussetzungen erfüllen, um legitimer Weise vom Solidarausgleich zu profitieren. Die Versicherungspflicht gewährleistet, dass es ausreichend Kapital zur Finanzierung gibt, und damit gibt sie eine Sicherheit für den Empfang einer zukünftigen Leistung. Die Versicherungspflicht minimiert die Wahrscheinlichkeit, dass Personen nicht zur Finanzierung beitragen und später in einer Notlage dann doch Leistungen in Anspruch nehmen, wie es bei einer freiwilligen Versicherung passieren könnte.⁹¹ Hier wird nicht nur die Grenze der Solidarität, sondern auch die Wirkung der Eigenverantwortung sichtbar gemacht.

Einer der wesentlichen Aspekte der GKV ist, dass durch die solidarische Finanzierung eine bedarfsgerechte Behandlung aller Versicherten ermöglicht wird. Auf der einen Seite steht das Solidarprinzip; auf der anderen das Bedarfsdeckungsprinzip.

4. Bedarfsdeckungsprinzip

§ 12 Abs. 1 S. 1 SGB V statuiert das Wirtschaftlichkeitsgebot und setzt als Kriterien fest, dass die Leistungen (1) ausreichend, (2) zweckmäßig und (3) wirtschaftlich sein müssen und dass sie (4) das Maß des Notwendigen nicht überschreiten dürfen. Diese Bestimmung hat die Funktion, einerseits Leistungen zu begründen und andererseits sie einzuschränken.⁹² § 2 Abs. 1 SGB V weist nach Satz 1 nicht nur auf das Wirtschaftlichkeitsgebot, sondern auch nach Satz 3 auf die Qualität und Wirksamkeit der Leistungen hin. Die Leistungserbringer müssen gemäß § 135a Abs. 1 S. 2 SGB V die fachlich gebotene Qualität beachten.⁹³ Nach § 70 Abs. 1 S. 1 SGB V i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG muss die Versorgung der Versicherten zudem gleichmäßig erfolgen und bedarfsgerecht sein.

Das Wirtschaftlichkeitsgebot dient der Rationalisierung, damit die notwendigen und zweckmäßigen Leistungen nicht rationiert werden müssen.⁹⁴ In der Zweckmäßigkeit wird die Effektivität der Leistung geprüft bzw. die Eignung der Leistung zur Erreichung des therapeutischen oder diagnostischen Ziels.⁹⁵ Wenn eine Leistung für ihren Zweck genügt, ist

⁹¹ Vgl. *Offe*, in: Sachße/Engelhardt, Akzeptanz und Legitimität strategischer Optionen in der Sozialpolitik, S. 182.

⁹² *Scholz*, in: Becker/Kingreen, SGB V, § 12 Rn. 1.

⁹³ Dazu auch § 70 Abs. 1 SGB V.

⁹⁴ *Scholz*, in: Becker/Kingreen, SGB V, § 12 Rn. 6.

⁹⁵ § 106a Abs. 2 Nr. 2 SGB V; dazu *Zuck*, in: Quaas/Zuck, Medizinrecht, § 9 das Leistungsrecht der GKV Rn. 19; dazu auch *Scholz*, in: Becker/Kingreen, SGB V, § 12 Rn. 8.

sie ausreichend.⁹⁶ Eine Leistung ist notwendig, wenn sie ausreichend, zweckmäßig und anderen Möglichkeiten gegenüber am kostengünstigsten ist.⁹⁷ Die Wirtschaftlichkeit im engeren Sinne verlangt eine Angemessenheit zwischen den durch die Leistungen verursachten Kosten und dem Behandlungsziel.⁹⁸ Das Wirtschaftlichkeitsgebot konkretisiert das Prinzip der Verhältnismäßigkeit in Bezug auf die Schwerpunkte „Gesundheit“ und „finanzielle Mittel“.⁹⁹

Ob eine bestimmte Leistung für die Versicherten der GKV zugelassen ist, also ob eine konkrete Leistung beansprucht, verordnet und erbracht werden darf, wird durch Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses (G-BA) definiert.¹⁰⁰ Diese werden nur eingeschränkt gerichtlich kontrolliert.¹⁰¹ Es gibt kein Recht auf eine bestimmte Leistung¹⁰² im Sinne eines Rechtes auf Gesundheit.¹⁰³ Das ändert sich auch dann nicht, wenn eine bestimmte nicht vorgesehene Leistung im konkreten Fall zum Heilerfolg führt.¹⁰⁴ Für Versicherte mit einer lebensbedrohlichen oder regelmäßig tödlichen Erkrankung entsteht jedoch ein Rechtsanspruch, wenn keine allgemein anerkannte, dem medizinischen Standard

⁹⁶ Zuck, in: Quaas/Zuck, Medizinrecht, § 9 das Leistungsrecht der GKV Rn. 18; dazu siehe auch *Trenk-Hinterberger*, in: Spickhoff, SGB V, § 12 Rn. 4 m. w. N.

⁹⁷ *Trenk-Hinterberger*, in: Spickhoff, SGB V, § 12 Rn. 6.

⁹⁸ Vgl. § 106a Abs. 2 Nr. 4 SGB V; Vgl. *Scholz*, in: Becker/Kingreen, SGB V, § 12 Rn. 9.

⁹⁹ Zuck, in: Quaas/Zuck, Medizinrecht, § 9 das Leistungsrecht der GKV Rn. 43.

¹⁰⁰ Vgl. *Becker/Kingreen*, Einführung, in: SGB V, S. XI.

¹⁰¹ *Scholz*, in: Becker/Kingreen, SGB V, § 12 Rn. 5.

¹⁰² Wie man wohl im folgenden Urteil sieht: BSG, Urt. V. 19. 09. 1997, JurionRS 1997, 15115 insbesondere Rn. 49.

¹⁰³ Dazu: *Scholz*, in: Becker/Kingreen, SGB V, § 12 Rn. 2 f. m. w. N. Anders als in Brasilien, wo schon in der Verfassung ein Recht auf Gesundheit statuiert wird. Das erweckt vielleicht den Eindruck, dass die brasilianische Perspektive sehr großzügig ist. Das Thema verlangt aber eine eigenständige Untersuchung. Zu fragen wäre z. B., warum das brasilianische öffentliche Gesundheitswesen auf dieser Grundlage beruht und ob man damit die vorgegebenen Ziele der Gesundheitsversorgung erreicht. Man könnte hierzu die Hypothese formulieren, dass gerade weil kein sinnvolles öffentliches Gesundheitswesen vor 1988 organisiert wurde, ein Recht auf Gesundheit notwendig war. Allein die Schaffung eines Rechtes auf Gesundheit kann aber kein funktionierendes Gesundheitswesen schaffen. Solange die Verwalter, die beteiligten Akteure, die Leistungserbringer und die beteiligten Individuen sich nicht in jeder Einzelheit um eine wirksame Gestaltung bemühen, bleibt das eigentliche Problem der Organisation im Hintergrund und selbst das Recht auf Gesundheit wird stark beeinträchtigt. Man kann die Hypothese noch weiter ausformulieren: Der Umfang eines Rechtes auf Gesundheit ist selbst so groß, dass die Judikative in Brasilien die Tendenz hat, Leistungen außerhalb des Leistungskatalogs gerichtlich anzuordnen. In diesem Kontext könnte man sich vorstellen, dass die Behauptung des Rechtes auf Gesundheit als Nebenwirkung die Rationierung eher intensiver macht. Es wäre aber auf jeden Fall schwierig, auf die starke gerichtliche Kontrolle zu verzichten, wenn man weiß, dass es zahlreiche Organisationsprobleme gibt. Ein Beispiel für ein sehr grundlegendes Organisationsproblem stellt die Aufhebung der Zweckbindung der Sozialbeiträge dar, wie es in Abschnitt E.IV dargestellt wird. Das Problem gab es vor 1988 und gibt es auch heute noch. Man schafft es zurzeit nicht, Steuern- und Beitragsfinanzierung wirklich zu unterscheiden.

¹⁰⁴ *Scholz*, in: Becker/Kingreen, SGB V, § 12 Rn. 5; BT-Drucks. 11/2237, S. 157 (Deutscher Bundestag, Drucksache 11/2237, 11. Wahlperiode, 03. 05. 1988, Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und FDP, Entwurf eines Gesetzes zur Strukturreform im Gesundheitswesen (Gesundheits-Reformgesetz – GRG), abrufbar unter: <<http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/11/022/1102237.pdf>>. Zugriff am 12. 12. 2017).

entsprechende Leistung zur Verfügung steht und eine nicht ganz entfernt liegende Chance auf einen Heilerfolg besteht.¹⁰⁵

Durch die Richtlinien werden neue Behandlungsmethoden im Leistungskatalog eingeführt. Da die Richtlinien des G-BA nur eingeschränkt gerichtlich kontrolliert werden, ist letztlich der G-BA das Organ, das in erster Linie das Wirtschaftlichkeitsgebot durchsetzt und auslegt. Für die Einführung muss aber ein zeitaufwändiges Verfahren beachtet werden. Infolgedessen bleibt der sozialrechtliche Standard hinter dem Stand der Technik zurück.¹⁰⁶ Der Leistungserbringer hat den Patienten über Leistungen außerhalb des GKV-Leistungskatalogs mit größerem Nutzen oder niedrigerem Risiko zu informieren, wenn er das in der Fachliteratur für ausreichend gesichert hält. Wenn der Versicherte in diesem Fall sich dazu entscheidet, nach dem aktuellen Stand der Technik behandelt zu werden, muss er dies privat bezahlen. Infolgedessen wird behauptet, dass die sogenannte „Zweiklassenmedizin“ teilweise systembedingt sei.¹⁰⁷

In der Regel haben die Krankenkassen und die Leistungserbringer die Vereinbarungen über die Vergütung der Leistungen so zu gestalten, dass keine Beitragserhöhung stattfindet. Eine Ausnahme besteht für den Fall, dass sogar die finanziellen Reserven nicht ausreichen, um die notwendige medizinische Versorgung zu finanzieren. Dann dürfte dies doch geschehen. So wird der Grundsatz der Beitragssatzstabilität beschrieben.¹⁰⁸ Dem geht jedoch das Bedarfsdeckungsprinzip vor. Die Beitragssatzstabilität betrifft aber nur die Vergütungsvereinbarungen und beschränkt nicht den Anspruch des Versicherten auf eine bestimmte Leistung, die für die Versicherten der GKV zugelassen ist. Kein Leistungserbringer darf eine bestimmte Leistung verweigern, wenn gemäß der Richtlinien des G-BA ein Anspruch besteht.¹⁰⁹

5. Sachleistungsprinzip

Als Grundregel gilt, dass die Versicherten die Leistungen als Sach- und Dienstleistungen erhalten.¹¹⁰ Die Abrechnung erfolgt zwischen dem Leistungserbringer und der

¹⁰⁵ § 2 Abs. 1a S. 1 SGB V; *Scholz*, in: Becker/Kingreen, SGB V, § 12 Rn. 5. Dazu siehe auch Rn. 1 f.

¹⁰⁶ *Trenk-Hinterberger*, in: Spickhoff, SGB V, § 12 Rn. 11; *Scholz*, in: Becker/Kingreen, SGB V, § 12 Rn. 6.

¹⁰⁷ *Scholz*, in: Becker/Kingreen, SGB V, § 12 Rn. 6; *Gaßner/Strömer*, MedR 30 (2012), 159 in Bezug auf die Frage der Arzthaftung bei der Behandlung von GKV-Versicherten. Die Autoren vertreten im problematischen Bereich zwischen dem sozialrechtlichen Standard und dem medizinischen Standard, dass der Arzt eine umfassende Aufklärung schulde.

¹⁰⁸ § 71. Abs. 1 S. 1 SGB V.

¹⁰⁹ Vgl. *Simon*, Das Gesundheitssystem in Deutschland, S. 109.

¹¹⁰ § 2 Abs. 2 S. 1 SGB V.

Krankenkasse.¹¹¹ Für die Erbringung dieser Leistungen schließen die Krankenkassen Verträge mit den Leistungserbringern.¹¹² Nach § 72 Abs. 1 S. 1 SGB V müssen Ärzte, Zahnärzte, Psychotherapeuten, medizinische Versorgungszentren und Krankenkassen zur Sicherstellung der vertragsärztlichen Versorgung der Versicherten zusammenwirken. Diese vertragsärztliche Versorgung ist ihrerseits nach § 72 Abs. 2 erster Halbsatz SGB V bei den Gesetzen und bei den Richtlinien des G-BA durch schriftliche Verträge der kassenärztlichen Vereinigungen mit den Verbänden der Krankenkassen geregelt. Dies gilt gemäß § 72 Abs. 2 zweiter Halbsatz SGB V mit der Vorgabe, dass die Versorgung einerseits der Wirtschaftlichkeit und dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse entspricht und dass andererseits die ärztlichen Leistungen angemessen vergütet werden.

Das Sachleistungsprinzip steht im Gegensatz zum Kostenerstattungsprinzip. Das Sachleistungsprinzip ist Merkmal der GKV, das Kostenerstattungsprinzip ist kennzeichnend für die PKV. Nach dem Kostenerstattungsprinzip bezahlt der Versicherte erst die Rechnung des Leistungserbringers und bekommt sie danach erstattet, abhängig vom Vertrag entweder vollständig oder teilweise.¹¹³

SIMON stellt dar, dass die privaten Krankenversicherungen bei der Krankenhausbehandlung derzeit zum Sachleistungsprinzip übergegangen seien, indem sie die Rechnung des Krankenhauses direkt bezahlten. Er legt auch dar, dass nach der Kostenerstattung die Kosten normalerweise nur zum Teil erstattet würden. Die nicht gedeckten Kosten schulde der Versicherte dem Leistungserbringer. Nach der neuen Regelung des GKV-WSG von 2007 hafteten Versicherte im Basistarif der PKV und Versicherer gesamtschuldnerisch für die Kosten. Im Fall eines Zahlungsrückstands des Versicherten müsse die PKV die Kosten bezahlen.¹¹⁴

Eine andere Art von Leistung der GKV sind die Geldleistungen (z.B. das Mutterschaftsgeld¹¹⁵), innerhalb derer das Krankengeld¹¹⁶ das wichtigste ist. Diese Leistung gleicht den Lohnverlust einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit oder stationären Behandlung aus.¹¹⁷ Es gibt im Prinzip keine zeitliche Begrenzung für die Dauer des Krankengeldes. Nur wegen Arbeitsunfähigkeit aufgrund der gleichen Krankheit wird die

¹¹¹ Becker/Kingreen, Einführung, in: SGB V, S. XXIII.

¹¹² § 2 Abs. 2 S. 3 SGB V.

¹¹³ Vgl. Simon, Das Gesundheitssystem in Deutschland, S. 112.

¹¹⁴ Simon, Das Gesundheitssystem in Deutschland, S.112 f. Fußnote 79 f. Dazu siehe § 192 Abs. 7 VVG. Versicherungsvertragsgesetz vom 23. 11. 2007 (BGBl. I S. 2631), das zuletzt durch Artikel 15 des Gesetzes vom 19. 02. 2016 (BGBl. I S. 254) geändert worden ist.

¹¹⁵ § 24i SGB V.

¹¹⁶ § 44 SGB V.

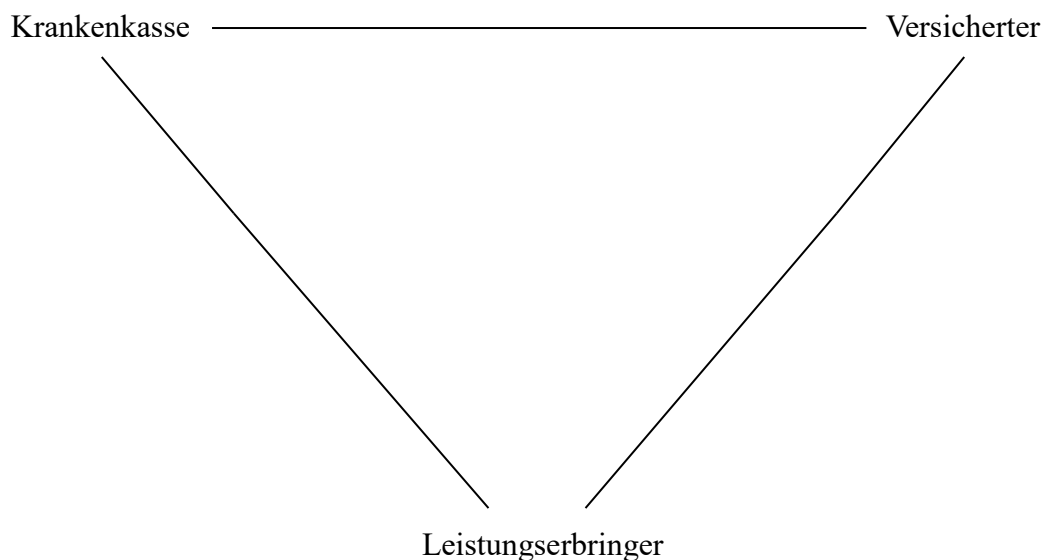
¹¹⁷ Vgl. Becker/Kingreen, Einführung, in: SGB V, S. XXIV.

Leistung maximal 78 Wochen in drei Jahren gewährt.¹¹⁸ „Sinn der Regelung ist die Unterscheidung von vorübergehender Arbeitsunfähigkeit und Verlust der Erwerbsfähigkeit, die zu einem dauernden Rentenanspruch führt“.¹¹⁹

Die Sachleistung ist die Regel in der GKV, die Kostenerstattung stellt eine Ausnahme dar.¹²⁰ Eine Ausnahme findet statt, wenn der Versicherte die Kostenerstattung wählt.¹²¹ Nach § 13 Abs. 3 S.1 SGB V hat die Kasse die für den Versicherten entstandenen Kosten zu erstatten, wenn die Kasse eine Leistung nicht rechtzeitig erbringen konnte oder zu Unrecht die Leistung abgelehnt hat.

Die Abbildung I fasst die Rechtsverhältnisse zwischen den in der Absicherung beteiligten Akteuren zusammen. Das Verhältnis zwischen Krankenkasse und Versicherten wird als Versicherungs- bzw Leistungsverhältnis bezeichnet. Die Leistung wird von der Krankenkasse geschuldet. Um sie zu bewirken, wird aber der Leistungserbringer in die Pflicht genommen. Dieses Verhältnis zwischen Krankenkasse und Leistungserbringer wird als Leistungserbringungsverhältnis bezeichnet. Das Bewirkungsverhältnis schließlich charakterisiert das Rechtsverhältnis zwischen Leistungserbringer und Versichertem.¹²²

Abbildung I – Das Sachleistungsprinzip¹²³



¹¹⁸ § 48 Abs. 1 S. 1 SGB V.

¹¹⁹ *Becker/Kingreen*, Einführung, in: SGB V, S. XXIII.

¹²⁰ § 2 Abs. 2 S.1 und § 13 SGB V.

¹²¹ § 13 Abs. 2 SGB V.

¹²² *Rixen*, Sozialrecht als öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 119 f.

¹²³ Vgl. die Abbildung von *Rixen*, ebd., S. 120.

Die Kostenerstattung stellt eine Ausnahme gegenüber dem Sachleistungsprinzip dar. Im Laufe der Zeit sind neue Möglichkeiten für die Nutzung der Kostenerstattung in der GKV eingeführt worden, wie in Abschnitt „F.I.3“ dargestellt wird.

6. Versicherungspflicht, Versicherung und Mitgliedschaft

Von grundlegender Bedeutung ist der Unterschied zwischen Versicherung und Mitgliedschaft. Der Unterschied könnte so zusammengefasst werden: Mitglieder sind die Versicherten, die Beiträge aufbringen,¹²⁴ die Versicherung kann sich aber gegebenenfalls auf Familienangehörige erstrecken, wobei diese keine Beiträge zahlen.¹²⁵ Dies wird als Familienversicherung bezeichnet und wird in § 10 SGB V in Einzelheiten bestimmt. Bedeutsam sind deswegen auch Anfang und Ende der Mitgliedschaft. Anfang der Mitgliedschaft¹²⁶ ist für Versicherungspflichtige z. B. der Tag des Eintritts in das Beschäftigungsverhältnis;¹²⁷ für freiwillige Mitglieder¹²⁸ z. B. der Tag des Beitritts zur Krankenkasse. Dieser ist schriftlich zu erklären.¹²⁹ Die Mitgliedschaft endet für Versicherungspflichtige¹³⁰ z. B. mit dem Tod des Mitglieds oder mit der Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses.¹³¹ Für die freiwillige Mitgliedschaft regelt § 191 SGB V, dass die Mitgliedschaft z.B. mit dem Tod des Mitglieds oder dem Eintritt einer Pflichtmitgliedschaft endet.¹³² Unterschiede der einzelnen vorgesehenen Tatbestände können sich erheblich auf den Leistungsanspruch auswirken. Wird zum Beispiel sowohl der Tatbestand einer Pflichtmitgliedschaft als auch der einer freiwilligen Mitgliedschaft erfüllt¹³³, entsteht in beiden Fällen ein Anspruch auf Gesundheitsleistungen. Endet aber die Mitgliedschaft, besteht kein Leistungsanspruch mehr.¹³⁴ Für Pflichtmitglieder verbleibt ein Leistungsanspruch bis zu einem Monat nach dem Ende der Mitgliedschaft, wenn sie keine

¹²⁴ § 3 S. 2 SGB V.

¹²⁵ § 3 S. 3 SGB V.

¹²⁶ § 186 SGB V.

¹²⁷ § 186 Abs. 1 SGB V.

¹²⁸ § 188 SGB V.

¹²⁹ § 188 Abs. 1 und 3 SGB V.

¹³⁰ § 190 SGB V.

¹³¹ § 190 Abs. 1 und 2 SGB V.

¹³² § 191 Abs. 1 und 2 SGB V.

¹³³ Die freiwillige Mitgliedschaft beginnt mit dem Beitritt gemäß § 188 Abs. 1 SGB V, die Versicherung kann aber auch als freiwillige Mitgliedschaft nach § 188 Abs. 4 S. 1 SGB V für Personen fortgesetzt werden, deren Versicherungspflicht endet.

¹³⁴ § 19 Abs. 1 SGB V.

Erwerbstätigkeit ausüben.¹³⁵ Ebenso verbleibt ein Leistungsanspruch bis zu einem Monat für Familienangehörige nach dem Tode des Mitglieds.¹³⁶

Es wurde vorher gezeigt, dass die GKV eine Solidargemeinschaft bzw. mehrere Solidargemeinschaften bildet. Die Zugehörigkeit zur Solidargemeinschaft entsteht in der Pflichtversicherung nicht aufgrund der freiwilligen Entscheidung der Mitglieder, sondern kraft Gesetzes. Es wurde auch schon geschrieben, dass es hier eine Komponente der Sicherheit, des Vertrauens, in der sozialen Absicherung gibt. Die Versicherungspflicht gewährleistet, dass die GKV über genügende Finanzmittel verfügt.¹³⁷

Der Kreis der versicherungspflichtigen Personen ergibt sich aus § 5 Abs. 1 und Abs. 2-11 SGB V: zusammenfassend und unter anderem Arbeiter, Angestellte und Personen in Berufsausbildung; Personen, die Arbeitslosengeld oder Unterhaltsgeld nach SGB III beziehen; Personen, die Arbeitslosengeld II nach SGB II beziehen; Landwirte und ihre mitarbeitenden Familienangehörigen nach SGB II; Künstler und Publizisten nach dem Künstlersozialversicherungsgesetz; Personen, die in Einrichtungen der Jugendhilfe für eine Erwerbstätigkeit befähigt werden sollen; Teilnehmer an Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben sowie an Abklärungen der beruflichen Eignung oder Arbeitserprobung; behinderte Menschen, die in bestimmten Institutionen tätig sind; Studenten; Praktikanten; Rentner und Rentenantragssteller wenn sie 90 % der zweiten Hälfte des Zeitraums ihrer Erwerbstätigkeit als Mitglied oder als Familienangehörige eines Mitglieds versichert in der GKV waren; Personen, die nach Nr. 13 keinen Versicherungsschutz haben und nicht vorher in der PKV versichert waren. Ziel dieser letzten Vorschrift ist, dass alle Personen Versicherungsschutz haben.¹³⁸

Es gibt die Versicherungspflicht als Regel, aber auch die Versicherungsfreiheit als Ausnahme.¹³⁹ Die versicherungsfreien Personen werden in § 6 Abs. 1 SGB V aufgelistet. Dabei handelt es sich nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 SGB V unter anderem um „Arbeiter und Angestellte, deren regelmäßiges Jahresarbeitsentgelt die Jahresarbeitsentgeltgrenze“ überschreitet. Zudem sind nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 SGB V¹⁴⁰ Beamte, Richter und Soldaten erfasst, die entweder einen Anspruch auf Beihilfe oder auf Heilfürsorge und zudem einen Anspruch auf die Fortzahlung ihrer Bezüge haben. Nach § 7 SGB V ist versicherungsfrei, wer

¹³⁵ § 19 Abs. 2 S. 1 SGB V.

¹³⁶ § 19 Abs. 3 SGB V.

¹³⁷ Vgl. *Offe*, in: *Sachße/Engelhardt*, Akzeptanz und Legitimität strategischer Optionen in der Sozialpolitik, S. 182.

¹³⁸ Hier die Zusammenfassung von Nr. 13 und Kommentar nach *Becker/Kingreen*, Einführung, in: SGB V, S. XVIII.

¹³⁹ Vgl. *Becker/Kingreen*, Einführung, in: SGB V, S. XVIII.

¹⁴⁰ Siehe dazu Abschnitt „F.I.2“.

eine geringfügige Beschäftigung im Sinne des § 8 und § 8a SGB IV ausübt. Versicherungsfrei seien nach BANNENBERG Berufsgruppen, die als nicht besonders schutzbedürftig angesehen werden.¹⁴¹

§ 8 SGB V sieht Fälle vor, in denen Personen von der Versicherungspflicht auf Antrag befreit werden. Das Mitglied muss beweisen, dass der Versicherungsschutz aus anderen Gründen noch besteht.¹⁴² Die Befreiung kann nicht widerrufen werden. Hier erfolgt die Versicherungsfreiheit aus einer Willenserklärung und nicht aus der Erfüllung eines Tatbestandes. Sinn der Regelung ist die Beibehaltung des Versicherungsstatus, insbesondere der Versicherung in der PKV, wenn neue Umstände eigentlich zur Versicherungspflicht geführt hätten.¹⁴³

Welche Personengruppen als freiwillige Versicherte der Versicherung beitreten können, wird in § 9 SGB V bestimmt. Dies sind z. B. „Personen, die als Mitglieder aus der Versicherungspflicht ausgeschieden sind und in den letzten fünf Jahren vor dem Ausscheiden mindestens vierundzwanzig Monate oder unmittelbar vor dem Ausscheiden ununterbrochen mindestens zwölf Monate versichert waren“; Personen aus der Familienversicherung, deren Versicherungsschutz erlischt; „Personen, die erstmals eine Beschäftigung im Inland aufnehmen“, wenn sie oberhalb der Arbeitsentgeltgrenze verdienen; schwerbehinderte Menschen, wenn sie die in § 9 Abs. 1 Nr. 4 SGB V normierten Bedingungen erfüllen;¹⁴⁴ Arbeitnehmer, deren Mitgliedschaft durch Beschäftigung im Ausland endete, wenn sie innerhalb von zwei Monaten nach Rückkehr nach Deutschland wieder eine Beschäftigung aufnehmen. Es gibt aber nach § 188 Abs. 4 S. 1 SGB V auch die Möglichkeit der Fortsetzung der Versicherung als freiwillige Mitgliedschaft nach dem Ende der Versicherungspflicht oder der Familienversicherung, wenn die versicherte Person ihren Austritt nicht erklärt.

Für den in § 5 Abs. 1 SGB V angeführten Personenkreis besteht eine Versicherungspflicht. Die Versicherungspflichtigen können aber ihre Krankenkasse frei wählen (§ 173 Abs. 1 SGB V). Die Mitgliedschaft entsteht in diesem Fall jedoch kraft Gesetzes (§ 186 Abs. 1 SGB V). Ist die Ausübung des Wahlrechts gegenüber der Krankenkasse erklärt, darf diese die Mitgliedschaft nicht ablehnen (§ 175 Abs. 1 S. 1 und S. 2 SGB V). Dieser Annahmeweg gilt auch im Falle eines Beitrittsrechtes nach § 9 Abs. 1 SGB

¹⁴¹ Bannenberg, in: Nagel, Gesetzliche Krankenversicherung, S. 71. Diese Behauptung könnte nur zutreffend sein, wenn man davon ausgeht, dass solche Personen aus anderen Gründen versichert sind.

¹⁴² § 8 Abs. 1 SGB V; § 8 Abs. 2 S. 4 SGB V.

¹⁴³ Vgl. Becker/Kingreen, Einführung, in: SGB V, S. XVIII.

¹⁴⁴ § 9 Abs. 1 Nr. 4 SGB V: „schwerbehinderte Menschen im Sinne des Neunten Buches, wenn sie, ein Elternteil, ihr Ehegatte oder ihr Lebenspartner in den letzten fünf Jahren vor dem Beitritt mindestens drei Jahre versichert waren, es sei denn, sie konnten wegen ihrer Behinderung diese Voraussetzung nicht erfüllen; die Satzung kann das Recht zum Beitritt von einer Altersgrenze abhängig machen.“

V.¹⁴⁵ Wenn von Versicherungspflichtgrenze und Versicherungspflicht die Rede ist, betrifft das die GKV. Bezeichnet ist letztlich der Personenkreis, der den gesetzlichen Krankenkassen zugewiesen ist. Das umfasst nicht alle Einwohner Deutschlands. Abhängig Beschäftigte und Selbständige z.B., wenn sie mehr als die Arbeitsentgeltgrenze verdienen, dürften in ihrer Kasse verbleiben oder zur PKV wechseln. In der Vergangenheit durften sie sogar auf Versicherungsschutz verzichten, was als problematisch angesehen wurde.¹⁴⁶

Schon in den Bismarck'schen Gesetzen von 1883 war der zugrundeliegende Gedanke der Schutz der Arbeiter, damit sie in wirtschaftlicher Not auf Versicherungsschutz nicht verzichten konnten. Aktuell wird die Versicherungspflichtgrenze zudem wegen der Einnahmeprobleme und der ungleichen Verteilung der Vermögen innerhalb der Bevölkerung zur Verstärkung der Finanzierung der GKV benutzt. Dafür werden weitere Personengruppen mit höheren Einkommen in die Versicherungspflicht einbezogen. Andererseits ist die PKV in jungen Jahren günstiger für die Versicherten, im Alter allerdings erheblich teurer. Das führte dazu, dass die älteren Versicherten in die GKV wechselten. Von diesem Hintergrund wurde ab 1992 die Rückkehr in die GKV schrittweise eingeschränkt. Ohne dass es beabsichtigt gewesen wäre, stieg die Zahl der Nichtversicherten von 1995 bis 2003 von 105 000 auf 188 000. Insbesondere waren Selbständige mit niedrigem Einkommen betroffen, die die Beiträge nicht mehr tragen konnten. Diese Problematik führte zur neuen Regelung des GKV-WSG von 2007. Seit dem 1. Januar 2009 gilt für alle Einwohner eine allgemeine Versicherungspflicht.¹⁴⁷

Alle Einwohner Deutschlands müssen entweder in der GKV oder in der PKV versichert sein. Im Leistungsfall gibt es für Personen, die dieser Pflicht nicht nachgekommen sind, zwei Möglichkeiten: (1) Sie werden der GKV nach § 5 Abs. 1 Nr. 13 lit. a und lit. b SGB V zugewiesen, weil sie keinen anderweitigen Anspruch auf Absicherung im Krankheitsfall haben und (a) zuletzt gesetzlich krankenversichert oder (b) bis zu jenem Zeitpunkt weder gesetzlich noch privat versichert waren; oder (2) sie müssen eine Krankheitskostenversicherung nach § 193 Abs. 3 VVG mit einem Versicherungsunternehmen abschließen und nach § 193 Abs. 4 VVG den entsprechenden Prämienzuschlag zusätzlich zur laufenden Prämie entrichten.

Die Krankenkassen dürfen niemanden abweisen, der nach der Versicherungspflicht der GKV beitrittswillig ist. Ursprünglich waren die unterschiedlichen Arten von

¹⁴⁵ Just, in: Becker / Kingreen, SGB V, § 9 Rn. 2.

¹⁴⁶ Vgl. Simon, Das Gesundheitssystem in Deutschland, S. 113 f.

¹⁴⁷ Vgl. ebd., S. 115 ff. m. w. N.

Krankenkassen jedoch für beschränkte Personenkreise gedacht, wie zum Beispiel für bestimmte Berufsgruppen. Wurde jemand der GKV zugewiesen, musste man zum Beispiel noch beachten, zu welcher Berufsgruppe diese Person gehörte, um feststellen zu können, zwischen welchen Krankenkassen sie eventuell wählen könnte. Seit 1996 gilt eine Wahlfreiheit zwischen den Krankenkassen, die allgemein offen sind und deswegen nicht mehr nur einen beschränkten Personenkreis versichern dürfen. Die allgemeinen Ortskrankenkassen, die Ersatzkassen und die Knappschaft sind mit Wirkung zum 1. April 2007 durch Gesetz allgemein offen. Die Betriebs- und Innungskrankenkassen durften sich nach dem GKV-WSG¹⁴⁸ bis Ende 2008 durch Satzungsbeschluss öffnen. Haben sie sich nicht geöffnet, bleiben sie nur für Beschäftigte der Betriebe oder Innungsbetriebe wählbar. Die RVO-Kassen und die See-Krankenkasse sind mit Wirkung zum 1. Januar 2009 durch Gesetz geöffnet worden.¹⁴⁹

Im nächsten Abschnitt werden die Grundlagen des brasilianischen öffentlichen Gesundheitswesens präsentiert. Dies wird mit Schwerpunkt auf die Grundprinzipien erfolgen, die die brasilianische Verfassung bestimmt: Universalität und Gleichheit; Dezentralisierung und Regionalisierung; Integralität und Hierarchisierung; Prinzip der Einheit und Teilnahme der Gesellschaft.

II. Die Prinzipien der öffentlichen Absicherung in Brasilien

Die Grundlage der öffentlichen Absicherung in Brasilien, bzw. die Grundlage des sogenannten „*Einheitlichen Gesundheitssystems (SUS)*“¹⁵⁰, wird ausdrücklich in der Verfassung bestimmt. Maßgebend sind nun Art. 196; 197; 198 „Caput“ und I, II, III CF. Da die Koordination und die Abgrenzung mit dem privaten Sektor auch von grundlegender Bedeutung sind, werden im Folgenden auch Art. 199 „Caput“ und § 1º und § 2º CF beschrieben.

In Art. 196 CF wird bestimmt, dass die Gesundheit ein Recht aller und eine Pflicht des Staates ist. Sie wird durch Sozial- und Wirtschaftspolitiken gewährleistet, welche zum Ziel haben, das Krankheitsrisiko und andere Schadensrisiken zu reduzieren sowie einen universellen und gleichen Zugang zur Gesundheitsversorgung zu ermöglichen. Gemäß Art. 198 CF gehören die öffentlichen Maßnahmen und Gesundheitsdienste zu einem Netz, das

¹⁴⁸ GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz.

¹⁴⁹ Vgl. Simon, Das Gesundheitssystem in Deutschland, S. 114 f.

¹⁵⁰ Auf Portugiesisch „*Sistema Único de Saúde (SUS)*“.

regional und hierarchisiert ist. Diese bilden ein einheitliches System, das die Grundlagen der Absätze I - III zu beachten haben, und zwar die Dezentralisierung mit einheitlicher Führung in jeder Regierungsebene (I); Integralität der Versorgung mit Priorität für die Prävention, ohne Nachteil für die Leistungserbringung (II) und Teilnahme der Gesellschaft (III). Hier sind die Grundprinzipien enthalten, die in den nächsten Unterkapiteln präsentiert werden.

Zuvor werden noch Art. 197 sowie Art. 199 „Caput“ und § 1° sowie § 2° CF vorgestellt. Art. 197 CF bestimmt, dass die Gesundheitsversorgung öffentliche Relevanz hat, dass die öffentliche Gewalt zuständig ist, durch Gesetz über die Regulierung, Aufsicht und Kontrolle zu bestimmen, und zuletzt, dass ihre Durchführung direkt oder durch Dritte – d.h. natürliche oder juristische Personen des privaten Rechts – erfolgen kann. Hier wird nicht nur auf die Leistungserbringung im SUS hingewiesen, welche auch durch den privaten Sektor erfolgen kann, sondern auch auf den privaten Sektor, welcher nur privat Leistungen erbringt bzw. Krankenversicherung anbietet. Der private Sektor steht in diesem letzten Fall immer noch unter der Regulierung und Aufsicht des Staates.

Gemäß Art. 199 „Caput“ CF steht der Bereich der Gesundheitsversorgung offen für die Privatinitiative. Dies stellt die allgemeine Aussage des Artikels dar, welche nahelegt, dass es keine vollständige Verstaatlichung der Gesundheitsversorgung geben darf. Art. 199 § 1° und § 2° CF treffen nähere Bestimmungen. Nach § 1° können die privaten Institutionen ergänzend am SUS teilnehmen. In diesem Fall müssen sie die Prinzipien der öffentlichen Absicherung beachten. Die Teilnahme wird durch öffentlich-rechtlichen Vertrag oder durch Übereinkunft¹⁵¹ geregelt. Philanthropischen Institutionen und solche, die keinen Ertrag erzielen, werden bevorzugt. Hier sieht man die Möglichkeit der Koordination mit dem privaten Sektor. Diese Koordination dient in erste Linie dazu, die Leistungserbringung zu ermöglichen. Dieser Bereich stellt also einen Berührungspunkt der öffentlichen Absicherung mit dem privaten Sektor dar. § 2° bestimmt aber, dass es verboten ist, solchen privaten Institutionen öffentliche Finanzmittel als Förderung oder Subventionierung¹⁵² zu gewähren,

¹⁵¹ Es ist unklar, ob eine Unterscheidung zwischen öffentlich-rechtlichem Vertrag und Übereinkunft notwendig ist.

¹⁵² Mit „Förderung“ und „Subventionierung“ ist wohl das Gleiche gemeint. Man verwendet den Begriff „Subventionierung“ z. B., wenn der Staat auf Steuern verzichtet und dadurch erwartet, einzelne Wirtschaftszweige zu fördern, oder auch wenn er dies mittels direkter Geldleistungen macht. Von „Förderung“ oder „Hilfe“ ist normalerweise z. B. im Kontext der Sozialhilfe die Rede. Im Fall der „Subventionierung“ ist die Erwartung des Staates gegenüber dem Privaten höher, bei der „Förderung“ niedriger. Von den Unternehmen erwartet der Staat eine ganz konkrete Gegenleistung. Vom Einzelnen erwartet er, dass dessen Hilfebedürftigkeit abnimmt oder verschwindet und die Person sich selbst helfen kann. Ob dies der Fall ist, wird jedoch vergleichsweise schwach kontrolliert. Es lässt sich jedenfalls feststellen, dass trotz der Verwendung der zwei Begriffe (Förderung bzw. Subventionierung) eine

die Ertrag erzielen. Hier sieht man wieder die Notwendigkeit einer Abgrenzung, wenngleich nur auf den Bereich der privaten Institutionen beschränkt, die Ertrag erzielen.

COHN und ELIAS stellen fest, dass die Finanzierung der Gesundheitsversorgung in Brasilien hauptsächlich öffentlich erfolge, aber die Leistungserbringung grundsätzlich, insbesondere die stationäre Behandlung, in privaten Händen liege.¹⁵³ Die starke Einbeziehung der privaten Leistungserbringung im *SUS* lässt sich wie folgt erklären:

Nach einem Bericht des Abgeordnetenhauses würde die Deckung von Krankheitsrisiken ausgedehnt, ohne auf eine adäquate Planung und Vorbereitung der notwendigen Finanzierung zu achten.¹⁵⁴ Die Gesundheitsversorgung in Brasilien vor 1988 wurde auf der Grundlage einer Sozialversicherungsperspektive gestaltet. Mit der Zeit wurde der Versichertenkreis vergrößert, es war aber entscheidend, einen Arbeitsvertrag zu haben, um Versicherungsschutz zu erhalten. Ab dem 05. Oktober 1988 hing der Versicherungsschutz nicht mehr davon ab, einen Arbeitsvertrag zu haben oder eine finanzielle Gegenleistung zu erbringen. Seit diesem Zeitpunkt haben alle Personen ohne Unterscheidung Zugang zur Gesundheit.¹⁵⁵ Dies ist einen der Hintergründe für Inkongruenzen in der Finanzierung, die bis heute bestehen.¹⁵⁶ Inkongruenz besteht außerdem bezüglich der Leistungserbringung, welche im „*Versorgungssystem*“ überwiegend durch öffentliche Einrichtungen erfolgen sollte.¹⁵⁷ Aus dem vorherigen System hat die aktuelle öffentliche Gesundheitsversorgung außerdem die starke Präsenz der privaten Leistungserbringung geerbt. Denn zur Zeit der Einrichtung des *SUS* war die öffentliche Struktur prekär, weswegen das neue System auf das Alte aufgebaut wurde.¹⁵⁸

Im brasilianischen Gesundheitswesen gibt es einerseits den öffentlichen Sektor (Art. 198 „Caput“ CF), der als *SUS* bezeichnet wird, und andererseits den privaten Sektor (Art. 199 „Caput“ CF), der nicht nur die PKV umfasst, sondern auch die privaten Leistungserbringer.¹⁵⁹

Unterstützung der privaten Institutionen, sei sie altruistisch oder verbunden mit einer Gegenleistung, nicht erlaubt sein soll.

¹⁵³ Cohn/Elias, Saúde no Brasil, S. 97.

¹⁵⁴ Brasilien, Financiamento da Saúde: Brasil e outros Países com Cobertura Universal, Nota Técnica Nr. 12, de 2013, S. 7 f.

¹⁵⁵ Vgl. Coelho, Universalidade, equidade e integralidade, S. 75, S. 80.

¹⁵⁶ Dazu siehe Kapitel „E.IV“ über „Die Finanzierung der öffentlichen Absicherung in Brasilien“, insbesondere „E.IV.3“ über „Die Sozialbeiträge und die Aufhebung der Zweckbindung“.

¹⁵⁷ Vgl. Alber, Vom Armenhaus zum Wohlfahrtsstaat, S. 45; vgl. Schölkopf, Das Gesundheitswesen im internationalen Vergleich, S. 2 f. auch Tabelle 1. Dazu siehe Abschnitt „E.I“ („Arten der öffentlichen Absicherung: Fürsorge, Versicherung und Versorgung“).

¹⁵⁸ Vgl. Weichert, Revista de Direito Sanitário, v. 10, n. 1, 2009, 81 (83).

¹⁵⁹ Ich muss aber schon jetzt auf zwei Aspekte hinweisen: 1.) Die Rechtsformen der privaten Krankenversicherung in Brasilien sind noch sehr vielfältig. 2.) Die private Krankenversicherung ist in Brasilien intensiver in die Leistungserbringung involviert (Dazu siehe Kapitel „D.V.1“ und „D.V.2“).

Der private Sektor wird in Brasilien gewöhnlicherweise als „*suplementäre Gesundheit*“¹⁶⁰ bezeichnet. Ferner gibt es die Möglichkeit, dass der private Sektor Leistungen für das *SUS* erbringt. In diesem Fall nimmt die betreffende private Institution am *SUS* teil und ihre Funktion ist komplementär (vgl. 199 § 1º CF).

Gerade im Bereich der privaten Krankenhäuser, die eine Vereinbarung mit dem öffentlichen Gesundheitsdienst haben, ist die Diskussion entstanden, ob es zulässig wäre, innerhalb des *SUS* gegen zusätzliche Bezahlung bessere Bedingungen zu wählen. Beispiele wären die Wahl eines privaten Zimmers und die Wahl des behandelnden Arztes. Dies wurde als „*Klassenunterschied*“ bezeichnet.¹⁶¹

Der brasilianische Oberste Bundesgerichtshof (STF) berief am 26. Mai 2014 eine öffentliche Anhörung hierzu ein. Das Gericht sammelte Stellungnahmen von Fachleuten, Vertretern der öffentlichen Institutionen und der Gesellschaft; außerdem sammelte es technische, politische, wirtschaftliche, juristische Informationen, um seine Entscheidung vorzubereiten.¹⁶² Am 03. Dezember 2015 hat das Plenum des Gerichtes einstimmig entschieden, dass die Wahl einer besseren Unterkunft oder des behandelnden Arztes und die entsprechende Bezahlung im *SUS* verboten werden dürfen. Dabei hat das Gericht zudem seine bisherige Rechtsprechung geändert.¹⁶³

Hier stellt sich das Problem ähnlich wie in der deutschen GKV, wobei gefragt wird, ob die Wahltarife Chefarztbehandlung und Ein-/Zweibettzimmer in der *GKV* zulässig wären.¹⁶⁴ Im Hintergrund steht die gleiche Frage, ob man in der öffentlichen Absicherung fremde Merkmale, nämlich Prinzipien aus der *PKV* einführen darf und ob dadurch das Gleichheitsgebot verletzt wird. Die Frage in Deutschland ist, inwieweit Aspekte bzw. Prinzipien der *PKV* in der *GKV* anwendbar sind.¹⁶⁵ In Brasilien ist das Thema schwieriger. Selbst die private Leistungserbringung wird in Frage gestellt. Es wird nämlich vertreten, dass die Leistungserbringung durch Private eine Ausnahme sein sollte.¹⁶⁶

Der Finanzierungsmodus des *SUS* hängt damit zusammen, dass der Staat bei der Abwicklung der Absicherung intensiver involviert ist und dass die Gleichheit und die

¹⁶⁰ Auf Portugiesisch „Saúde Suplementar“.

¹⁶¹ *Ho*, Recepção da Internação Hospitalar na Modalidade „Diferença de Classe“ pelo STF, S.7.

¹⁶² *STF*, Nachrichten, Freitag 21. März 2014, Ministro convoca audiência pública para debater "diferença de classe" em internação no SUS‘.

¹⁶³ Brasilien, Supremo Tribunal Federal (STF), Recurso Extraordinário 581.488 Rio Grande do Sul, Acórdão, Berichterstatter: Dias Toffoli, DJE 08. 04. 2016, abrufbar unter:

<<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>, Zugriff am 05. 01. 2017.

¹⁶⁴ Vgl. *Musil*, in: Eichenhofer/Wenner, SGB V, § 53 Rn. 29.

¹⁶⁵ Ein Hinweis darauf ist z.B., dass Wahltarife in der gesetzlichen Krankenversicherung eingeführt werden können. Dazu siehe Kapitel „*F.I.3*“ über die „Einführung der Wahltarife für die GKV“.

¹⁶⁶ Vgl. *Weichert*, Revista de Direito Sanitário, v. 10, n. 1, 2009, 81 (83).

Universalität zu Grundprinzipien des öffentlichen Gesundheitswesens gemacht werden.¹⁶⁷ Aus diesem Zusammenhang kann man erkennen, dass das Gleichheitsgebot in der brasilianischen öffentlichen Absicherung eine intensivere Wirkung aufweist. Zu dieser Feststellung werde ich erneut im nächsten Unterkapitel kommen; ferner noch im Abschnitt „E.II.3“, wobei Zur Metapher des Gesellschaftsvertrages “ behandelt wird.

Aber zunächst sollen die leitenden Grundprinzipien der öffentlichen Absicherung auf nationaler Ebene in Brasilien dargestellt werden. Diese sind die *Universalität* und die *Gleichheit*; die *Dezentralisierung* und die *Regionalisierung*; die *Integralität* und die *Hierarchisierung*; die *Einheit* und die *Teilnahme der Gesellschaft*. Eigentümlich ist hier die eher funktionelle und historische Perspektive für die Beschreibung der Prinzipien. Es wird in der Literatur beschrieben, welche Ziele sie haben und in welchem Geschehensablauf sie sich entfalten. Der Kontext wird dabei deutlich sichtbar. Als Nebenwirkung ergeben sich allerdings Unklarheiten bei den Begriffen. Es wird auch oft keine deutliche Abgrenzung zwischen den Prinzipien vorgenommen. Ich werde im Folgenden darauf hinweisen, wenn in der Beschreibung eines Prinzips Inhalte von anderen Prinzipien auftauchen. Diese Unklarheiten erschweren allerdings auch die Aufgabe, eine systematisierende Zusammenfassung anzufertigen. Die ersten Prinzipien, die dargestellt werden, sind die Universalität und die Gleichheit.

1. Universalität und Gleichheit

Als Grundziele der Föderativen Republik Brasilien gilt es, eine freie, gerechte und auf Solidarität beruhende Gesellschaft aufzubauen, die nationale Entwicklung zu gewährleisten, Armut und Marginalisierung zu beseitigen, soziale und regionale Ungleichheiten zu reduzieren und das Wohl aller Personen zu fördern, ohne Diskriminierung wegen Herkunft, Rasse, Geschlecht, Farbe, Alter oder aus sonstigen Gründen.¹⁶⁸ Der Katalog der Grundrechte beginnt mit der Bestimmung, dass alle Personen vor dem Gesetz gleich sind, ohne Unterscheidung jeder Art; zudem, dass Brasilianern und Ausländern, die in Brasilien leben, die Unantastbarkeit ihrer Rechte auf Leben, Freiheit, Gleichheit, Sicherheit und Eigentum nach den in Art. 5 folgenden Absätzen gewährleistet wird.¹⁶⁹ Die Gesundheit findet in

¹⁶⁷ Dazu siehe Kapitel „E“ (Der Zusammenhang zwischen Finanzierung und Gestaltung der Absicherung), insbesondere „E.II“ (Die Finanzierung und die Struktur der Absicherung gegen Krankheit).

¹⁶⁸ Art. 3 I, II, III, IV CF.

¹⁶⁹ Art. 5 „Caput“ CF.

Brasilien ihre Stellung schon in der Verfassung. Dort wird sie als eine der Säulen der sozialen Sicherheit neben sozialer Vorsorge und sozialer Hilfe einbezogen. Maßgebend auch für die Gesundheitsversorgung sind die allgemeinen Prinzipien der sozialen Sicherheit, namentlich die Universalität der Deckung und der Versorgung, außerdem die Gerechtigkeit der Beteiligung an der Finanzierung.¹⁷⁰ Nachdem die Gesundheit als Recht aller Personen und als Pflicht des Staates¹⁷¹ eingeführt worden ist, findet sich die Vorgabe, einen *universellen und egalitären Zugang* auf allen Ebenen der Versorgung¹⁷² zu verfolgen¹⁷³. Gesetzlich wird als Prinzip des SUS die „Gleichheit der Gesundheitsversorgung, ohne Vorurteile oder Privilegien jeder Art“ statuiert.¹⁷⁴

In der Literatur werden die Prinzipien der Universalität und der Gleichheit für das Gesundheitssystem als zusammengehörend präsentiert.¹⁷⁵ Für das Bundesministerium für Gesundheit ist der Zugang zur Gesundheit ein subjektives Recht und gehört zu den staatsbürgerlichen Rechten. Die Universalität sei in Art. 196 „Caput“ CF ausgedrückt, bzw. in der Gesundheit als Recht aller¹⁷⁶ und Pflicht des Staates.¹⁷⁷ *Die Universalität des Zuganges* gewährleiste,¹⁷⁸ dass alle Personen – ohne direkte finanzielle oder andere Hindernisse – das Recht haben, in das SUS einzutreten.¹⁷⁹ Infolge des Universalitätsprinzips hätten grundsätzlich alle Personen ein Recht auf Gesundheit.¹⁸⁰ Aus der Verbindung der Prinzipien der Universalität und der Gleichheit folge ferner, dass das Recht auf gleiche Versorgung auf jeder Ebene des Gesundheitssystems entstehe. Verfahren, Struktur und Gestaltung der Gesundheitsversorgung müssten Zugang und Behandlung für alle Personen von der Grundversorgung bis hin zur höchsten Komplexitätsstufe gewährleisten. Diese Vorschriften verböten nicht nur Verhalten, die den Zugang hindern, sondern verlangten auch Maßnahmen, die diesen Zugang erleichtern. Hier komme einerseits das Diskriminierungsverbot in Betracht und andererseits die materielle Gleichheit, die eventuell eine positive Diskriminierung (Fördermaßnahmen) verlangt.¹⁸¹

¹⁷⁰ Art. 194 Einzelner Abschnitt I und V CF.

¹⁷¹ Art. 196 CF.

¹⁷² Hier eine Ergänzung des Art. 7 I Gesetz 8080/90 (Brasilien, Gesetz Nr. 8080, vom 19. September 1990, abrufbar unter: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm>, Zugriff am 09. 07. 2015).

¹⁷³ Auch Art. 196 CF.

¹⁷⁴ Art. 7 IV Gesetz 8080/90.

¹⁷⁵ Vgl. *Figueiredo*, O Sistema Único de Saúde, S. 45 f.

¹⁷⁶ Der Wortlaut des Art. 196 „Caput“ CF weist auf mehr als ein staatsbürgerliches Recht hin.

¹⁷⁷ *Brasilien*, Ministério da Saúde, Sistema Único de Saúde (SUS): descentralização, S. 6.

¹⁷⁸ Art. 196 CF.

¹⁷⁹ *Santos*, SUS: contornos jurídicos da integralidade da atenção à saúde, S. 4.

¹⁸⁰ Vgl. insbesondere *Figueiredo*, O Sistema Único de Saúde, S. 45; aber auch vgl. *Coelho*, Universalidade, equidade e integralidade, S. 76.

¹⁸¹ Vgl. *Figueiredo*, O Sistema Único de Saúde, S. 46 f.

Aus den Prinzipien der Universalität und der Gleichheit ergibt sich eine Fülle von wesentlichen Fragen, auf die ich im Folgenden eingehen werde. Sie weisen auf die große Intensität oben genannter Prinzipien im „SUS“ hin. Weitere Hinweise werden in der typologischen Darstellung gegeben, welche im Abschnitt „E“ enthalten sein wird. Die erste Frage beschäftigt sich damit, ob entweder allen Einwohnern Brasiliens oder nur den Bürgern das Recht auf Gesundheit gewährt wird. Die zweite Frage thematisiert die Grenzziehung und das Verhältnis zwischen dem SUS und der PKV. Die Frage ist hier, ob die Versicherten der privaten Krankenversicherungen Leistungen des SUS in Anspruch nehmen dürfen. Wenn die Antwort ja ist, wird gefragt, ob der Staat eine Erstattung der Unkosten von den privaten Versicherungen verlangen darf. Die dritte Problematik wäre, ob die Universalität notwendigerweise eine kostenlose Absicherung fordert.

Zur Frage nach der Berechtigung wird einerseits vertreten, dass es eine grundsätzliche Berechtigung aller Personen gebe und dass die Berechtigung der Ausländer hierin enthalten sei. Die konkrete Ausübung des Rechtes durch Ausländer könne aber beschränkt werden.¹⁸² Die Rechtsprechung anerkennt grundsätzlich die Berechtigung der Ausländer. Als Beispiel zitiere ich eine Entscheidung, die sich mit einer Stammzelltransplantation für einen Ausländer im SUS befasste. Hier sah das Gericht es als ausreichend an, dass die Person sich unter der brasilianischen Rechts- und Verfassungsordnung befindet, sogar in Fällen unregelmäßigen Aufenthalts würde das Grundrecht gewährleistet werden. Für den Fall entscheidend war auch, dass es sich um eine Berufungsentscheidung handelte. In erster Instanz war die Transplantation bereits zugesprochen worden. Ein Stattgeben der Berufung hätte die Unterbrechung einer laufenden Behandlung geführt, was eine Gefahr für das Leben des Betroffenen und daher einen Verstoß gegen die Menschenrechte bedeutet hätte.¹⁸³

Wenn man in Betracht zieht, dass die Gesundheitsversorgung dem Universalitätsprinzip folgt und dass die Finanzierung durch Steuern erfolgt, kann man schon erwarten, dass eine Beschränkung der konkreten Ausübung des Rechtes bezüglich der Nicht-Bürger sich nur sehr schwierig rechtfertigen lässt. Erstens bedeutet „Universalität“ eine Gesundheitsversorgung für alle Personen, die sie brauchen. Zweitens führt die Steuerfinanzierung zu einer weitgehenden Entkopplung von Rechten und Pflichten. Zudem beteiligen sich an der Steuerfinanzierung alle Personen, die an der Wirtschaft teilnehmen.

¹⁸² Vgl. ebd., S. 45 f.

¹⁸³ Vierte Region, Brasilien, Tribunal Regional Federal da Quarta Região (TRF4), Agravo de Instrumento 2005. 04. 01. 032610-6/PR, Berichtsterin: Richterin Vânia Hack de Almeida, Veröffentlicht in D. J. U. vom 01. 11. 2006, abrufbar unter: <<http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php>>, Zugriff am 26. 11. 2015.

Aber selbst Personen, die eventuell nur wenig an der Finanzierung teilgenommen haben oder gar nicht teilnehmen können, können sich immer noch auf den Wortlaut des Art. 196 CF berufen („die Gesundheit ist Recht aller und Pflicht des Staates“). Die medizinische Versorgung wäre für sie zu gewährleisten, um die Gesundheit zu schützen (darunter auch die körperliche Unversehrtheit und das Leben). Ausnahmen müssten infolgedessen ausführlich bestimmt und gerechtfertigt werden und dürfen nur stattfinden, wenn das Gesundheitsrisiko niedrig ist. Für die Fälle von im System nicht vorgesehenen Leistungen ist fraglich, ob es überhaupt einen konkreten Anspruch gibt, unabhängig davon, ob es sich um Bürger handelt oder nicht.

Nun kommen wir zur Problematik der Grenzziehung und des Verhältnisses zur PKV. Hier fragt man konkret, ob ein Versicherter der PKV Leistungen des *SUS* in Anspruch nehmen darf. Die eine Meinung behauptet zusammengefasst, dass die privaten Versicherten eine andere Systematik der Absicherung gegen Krankheit außerhalb des *SUS* gewählt haben und daher nur aus der PKV Leistungen erhalten sollen.¹⁸⁴ Die Gegenmeinung behauptet, die Universalität sei die Errungenschaft eines Rechtes der Gesellschaft, das der Situation von Hilflosigkeit eines großen Anteils der Bevölkerung Brasiliens ein Ende setze. Es sei nicht klar, wie und wann sich für das *SUS* entschieden werde. Eine Überbetonung von Formalitäten wird für gefährlich gehalten, da die mangelhafte Verfügbarkeit der relevanten Informationen in Brasilien allgemein bekannt sei.¹⁸⁵

Ein weiteres Problem gibt es bei der Frage, ob man Leistungen teilweise durch die PKV und teilweise durch das *SUS* in Anspruch nehmen dürfe. Eine Meinung vertritt, die gleichzeitige Nutzung der beiden Systeme sei nicht gestattet. Es sei z.B. nicht möglich, die Diagnose durch einen privaten Leistungserbringer zu erhalten und die Therapie, ggf. Chirurgie oder Medikamente durch die öffentliche Absicherung in Anspruch zu nehmen. Anders zu denken hätte als Konsequenz, dass das *SUS* eine ergänzende Rolle zum privaten

¹⁸⁴ Vgl. Santos, *SUS: contornos jurídicos da integralidade da atenção à saúde*, S. 5 f.

¹⁸⁵ Vgl. Coelho, *Universalidade, equidade e integralidade*, S. 77. Die Autorin ist der Ansicht, dass alle Einwohner das Recht auf Gesundheit haben. Sie spricht aber auch über die Errungenschaft eines Rechtes der Bürgerschaft. Man könnte das als Widerspruch sehen. Im Abschnitt E.II.3 über die Metapher des Gesellschaftsvertrages kann man aber auch einschätzen, dass hinter den Begriff „Bürgerschaft“ Fragen der Zugehörigkeit stehen. Diese überschneiden sich nur teilweise mit der Frage nach der Zugehörigkeit zum Nationalstaat. Denn Personen oder Gruppen, die die Staatsangehörigkeit besitzen, können so schlecht versorgt werden, dass für sie die Teilhabe an der Gesellschaft nicht möglich ist. Andererseits ist auch möglich, Nicht-Bürgern die Teilnahme im gesellschaftlichen Leben zukommen zu lassen. Dies nicht nur durch die Möglichkeit, aus der Wirtschaft den Lebensunterhalt zu verdienen, sondern auch durch die Teilnahme am politischen Leben (auch wenn das nur erleichtert oder ermöglicht wird). Die Argumente für eine Begrenzung sind nachvollziehbar, die Formulierung „das Recht aller“ in Art. 196 „Caput“ CF spricht aber dagegen. Im Lichte meiner Recherche erscheint es möglich, den Aufbau einer Zivilgesellschaft als einen Prozess der stetigen Inklusion zu sehen, der seine letzte Stufe mit dem Überschreiten der nationalen Grenzen erreichen würde. In diesem Kontext wären Universalität und Recht der Bürgerschaft im Einklang.

Sektor übernehme.¹⁸⁶ Die Gegenmeinung ist für die Möglichkeit einer „Vermischung“ und behauptet, eine PKV abzuschließen sei eine „bedauerliche Notwendigkeit“, die für den Mittelstand kostspielig sei und die auch die armen Schichten anstrebten. Die Problematik liege im System selbst, nämlich in der Tatsache, dass die privaten Krankenversicherungen Kosten für Medikamente nicht decken, außer in Fällen stationärer Behandlung. Schon bei moderaten Preisen stellten Medikamentenkosten daher ein Problem dar. Die Verfassung verbiete außerdem nicht, dass die Leistungen teilweise durch die PKV und teilweise durch das *SUS* gewährt werden.¹⁸⁷ Diese Diskussion zeigt man, dass die brasilianische Gesundheitsversorgung keine Mechanismen für die Trennung der Versichertenkreise der privaten von der öffentlichen Absicherung hat. Ein weiteres Problem ergibt sich aus der Unvollständigkeit der PKV. Daher ist die Abgrenzung schwierig durchzuführen.

Wenn die Frage, ob ein Versicherter der PKV Leistungen des *SUS* in Anspruch nehmen darf, mit ja beantwortet wird, bleibt noch umstritten, ob der Staat eine Erstattung der Unkosten von der entsprechenden privaten Versicherung verlangen darf.¹⁸⁸ Die Erstattung der Unkosten durch private Krankenversicherungen ergibt sich aus dem Gesetz 9656 aus 1998.¹⁸⁹ Das bedeutet letztlich auch, dass in der aktuellen Regelung des *SUS* die Behandlung von privat Versicherten möglich ist. Die aktuelle Jurisprudenz des brasilianischen obersten Bundesgerichtshofes ist ebenfalls für die Erstattung.¹⁹⁰ Gleichwohl ist die Frage in der Literatur umstritten. Die Gegenmeinung behauptet, es sei die Pflicht des Staates, die Gesundheitsversorgung aus Steuermitteln bereitzustellen. Er versuche mit der Erstattung, zusätzliche Finanzierungsmittel zu schaffen, in dem er auf private Finanzmittel zugreife, die aus einem vertraglichen Verhältnis stammten, in dem der Staat keine Vertragspartei sei.¹⁹¹ Die Meinung für die Erstattung behauptet dagegen, dass eine kostenlose Leistungserbringung nur im Verhältnis Staat-Bürger gelte und dies einer Erstattungspflicht der privaten Krankenversicherungen nicht im Wege stehe. Ein Anteil der Prämien werde damit von diesen Unternehmen erstattet, nämlich für Behandlungen, die durch die öffentliche Absicherung

¹⁸⁶ Santos, *SUS: contornos jurídicos da integralidade da atenção à saúde*, S. 5 f.

¹⁸⁷ Vgl. Coelho, *Universalidade, equidade e integralidade*, S. 81.

¹⁸⁸ Das Thema wird im Abschnitt „D.V.7“ ausführlicher erläutert.

¹⁸⁹ Art. 32 „Caput“.

¹⁹⁰ Brasilien, Supremo Tribunal Federal (STF), Plenum, Berichterstatter: Maurício Correa, Acórdão, Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.931-8 Distrito Federal (ADI MC 1931), D. J. 28. 05. 2004, abrufbar unter: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>, Zugriff am 08. 04. 2014, S. 326 f.

¹⁹¹ Vgl. ebd., S. 84.

gewährleistet wurden. Das geschehe nur, damit keine Bereicherung von Privaten durch die öffentliche Absicherung stattfinde.¹⁹²

Zuletzt stellt sich noch die Frage, ob die Prinzipien der Universalität und der Gleichheit eine kostenlose Absicherung voraussetzen oder nicht. Wesentliche Stimmen der Literatur bejahen dies, die Gegenmeinung ist aber im Vordringen.¹⁹³ Es ist gesetzlich bestimmt, dass die Gesundheitsdienste kostenlos bleiben, die aufgrund Vertrags öffentlich sind, mit Ausnahme von besonderen Vereinbarungen mit privaten Institutionen.¹⁹⁴ Die Vorschrift betrifft die Leistungserbringung durch private Unternehmen, die in der Regel kostenlos sein soll. Wenn also schon bei Leistungserbringung durch Dritte keine Kosten für die Versicherten entstehen, gilt das erst recht für die eigene staatliche Leistungserbringung. In der aktuellen Verfassung des *SUS* gilt also sowohl bei der eigenen Leistungserbringung als auch der Leistungserbringung durch Private Kostenfreiheit.

Die brasilianische Verfassung von 1988 habe eine Situation der Exklusion im Bereich der Gesundheit beendet. Das vorherige System habe eine Sozialversicherungsperspektive eingenommen. Mit der Zeit sei der Versichertenkreis zwar vergrößert worden, es sei aber nach wie vor notwendig gewesen, einen Arbeitsvertrag zu haben, um den Versicherungsschutz zu erhalten. Ab dem 05. Oktober 1988 habe sich dies geändert: Ein Arbeitsvertrag oder eine finanzielle Gegenleistung sei nun nicht mehr erforderlich. Ab diesem Zeitpunkt hätten alle Personen ohne Unterscheidung Zugang zur Gesundheit. In dieser Entwicklung, sei der Wille des Verfassungsgebers zu erkennen, Kostenfreiheit in der Gesundheitsversorgung zu gewährleisten.¹⁹⁵ Universalität und Gleichheit im Zugang bedeuten aber nicht notwendigerweise, dass die Absicherung vollständig ohne Kosten stattfindet. Hier wird daran erinnert, dass die Verfassung eine Gleichheit der Ausgangssituation gewährleistet. Man kann bezweifeln, ob es verhältnismäßig ist, Personen mit unterschiedlichen wirtschaftlichen Situationen gleich zu behandeln, nämlich solche, die einen guten Versicherungsschutz ohne Beeinträchtigung eines würdigen Lebensunterhaltes für sich und ihre Familie erwerben könnten, und solche, die dies nicht schaffen. In einer Gesellschaft mit höherem Maß an Ungleichheit, in der die Mehrheit der Bevölkerung Einkünfte unter der Bemessungsgrenze der Einkommenssteuer erzielt, sollten diese tatsächlichen Notwendigkeiten ernst genommen werden. Auch deswegen kann aus dieser Perspektive das Argument nicht bestehen, nach dem die Tragung von Steuern schon die Bezahlung des

¹⁹² Weichert, *Saúde e Federação na Constituição Brasileira*, S. 163.

¹⁹³ Sarlet, in: Sarlet/Marinoni/Mitidiero, *Direitos Fundamentais em Espécie*, S. 594.

¹⁹⁴ Art. 43 Gesetz 8080/90.

¹⁹⁵ Vgl. *Coelho*, *Universalidade, equidade e integralidade*, S. 75, S. 80.

Zugangs zur öffentlichen Gesundheitsdienst darstelle. Insbesondere spielen auch Aspekte der Solidarität und der Verhältnismäßigkeit eine Rolle, vor allem in Bezug auf das, was das Individuum vom Staat erwarten darf.¹⁹⁶ Gemeint ist hier, dass nur die Personen durch den Solidarausgleich begünstigt werden dürfen, die dies benötigen. Personen zu begünstigen, die den Ausgleich durch die Solidargemeinschaft nicht brauchen, widerspricht der Solidarität. Betrachtet man das bereits oben dargestellte hohe Ausmaß an Ungleichheit, erscheint es zugleich unverhältnismäßig, beide Gruppen gleich zu behandeln. Zudem ist die Pflicht des Staates bezüglich der Personen, die keine weitere Absicherung im Krankheitsfall haben, intensiver. Personen, die eine Absicherung selber finanzieren können, eine solche vom Staat aber dennoch verlangen, verursachen danach eine finanzielle Belastung für die Gesamtgesellschaft.

Aktuell gilt die Abwesenheit von direkten Kosten für die Versicherten im brasilianischen *SUS*. Die Finanzierungsgrundlage würde es aber erlauben, dass den Versicherten Kosten mittels eines Beitrages entstehen.¹⁹⁷ Ob eine andere Art von Abgabe möglich wäre, bedarf einer weiteren Untersuchung. Die Entstehung von Kosten verletzt nicht *a priori* die Universalität und die Gleichheit. Das hängt davon ab, wie die Abgabe gestaltet wird und wie sie auf die Bevölkerung wirkt. Wirkt die Abgabe so, dass bestimmte Schichten der Bevölkerung keinen Versicherungsschutz erhalten können, dann verletzt sie diese Grundprinzipien. Eine weitere Frage wäre, ob ein solches Vorhaben Akzeptanz erlangen würde.

Die Universalität der Deckung sowie die Gleichheit des Zuganges und der Behandlung hängen nicht nur von der Finanzierungsfrage ab, sondern auch von der Frage nach der konkreten Gestaltung der öffentlichen Gesundheitsversorgung innerhalb des immensen brasilianischen Territoriums. Dies wird im nächsten Abschnitt näher erläutert.

2. Dezentralisierung und Regionalisierung

Der „Caput“ des Artikels 198 CF regelt die öffentlichen Maßnahmen und Gesundheitsdienste als zu einer „Kette“ gehörend, die regional und hierarchisiert ist. Zudem ist dort bestimmt, dass sie ein einheitliches System bilden, das als eine der Grundlagen die Dezentralisierung

¹⁹⁶ Sarlet, in: Sarlet/Marinoni/Mitidiero, *Direitos Fundamentais em Espécie*, S. 594 ff.

¹⁹⁷ Wie im Abschnitt „E.IV“ („Die Finanzierung der öffentlichen Absicherung in Brasilien“) dargestellt wird.

mit einheitlicher Führung in jeder Regierungsebene hat.¹⁹⁸ Art. 7. IX des Gesetzes 8080/90 hat diese Regelungen spezifiziert und neu organisiert. Er präsentiert als Prinzip des SUS „die Verwaltungs- und politische Dezentralisierung mit einheitlicher Führung in jede Regierungsebene: a) Schwerpunkt auf der Dezentralisierung der Dienste für die Gemeinden; b) Regionalisierung und Hierarchisierung der Kette von Gesundheitsdiensten“.

Die Idee der Dezentralisierung hat ihre Grundlage im Föderalismus und betrifft die Verteilung legislativer und exekutiver Kompetenzen zwischen Bund, Bundesstaaten, Gemeinden und dem Bundesdistrikt.¹⁹⁹ Die Autonomie der Gemeinden als Ebene im Bundestaat und die konsequente Zuweisung von Kompetenzen direkt aus der Verfassung hat auch in der Gesundheitspolitik ihre konkreten Folgen.²⁰⁰ Die Dezentralisierung hat eine kontinuierliche Übertragung von Verantwortung und Finanzmitteln des Bundes auf die Bundesländer und Gemeinden während der 90er Jahre bewirkt.²⁰¹ Die Gemeinden waren der Hauptempfänger. Im Laufe dieser Jahre ist ein direktes Verhältnis zwischen dem Bund und den Gemeinden entstanden und der Bund hat dabei eine führende Rolle gespielt.²⁰² Die Gemeinden sind außerdem diejenige föderative Ebene, die ein wirkliches Territorium hat und von daher einen echten Kontakt mit der Bevölkerung. Das mag vielleicht erklären, warum den Gemeinden die zentrale Rolle zugewiesen wurde. Die Vernachlässigung der Bundesstaaten hat aber ihre Konsequenzen.²⁰³

Der Prozess der Regionalisierung zielt darauf Mechanismen für eine Zusammenarbeit in einem bestimmten Territorium zu schaffen.²⁰⁴ Die unterschiedlichen Dienste sollen intern, zwischen unterschiedlichen Sektoren und Gemeinden ein Netz bilden, das sich an die lokalen Bedürfnisse anpassen muss und dynamisch ist. Dadurch sollen die Defizite der Struktur zwischen den Gemeinden ausgeglichen und die Wirksamkeit verbessert werden. Insofern könnte die Regionalisierung als Vertiefung der Dezentralisierung gesehen werden. Da die Macht, wie vorher gesagt, verteilt ist, kann eine wirksame Gestaltung des Systems nur durch Verhandlung zwischen den föderativen Ebenen stattfinden. Die Vielfalt der Bedürfnisse hat dazu geführt, regionale Institutionen als Verwaltungsebenen einzuführen. Die regionale

¹⁹⁸ Art. 198 I CF.

¹⁹⁹ Vgl. *Figueiredo*, O Sistema Único de Saúde, S. 55 f.

²⁰⁰ Vgl. ebd., S. 56.

²⁰¹ *Souza*, Ciência & Saúde Coletiva, Vol. 6, N. 2, 2001, 451 (452).

²⁰² Vgl. *Dourado/Elias*, Rev Saúde Pública, Vol. 45, N. 1, 2011, 204 (207) m. w. N.

²⁰³ In diesem Vorgang scheint die Rolle der Bundesstaaten in Vergessenheit zu geraten. Vgl. *Gadelha/Machado/Lima*, Ciência & Saúde Coletiva, Vol. 16, N. 6, 2011, 3003 (3008).

²⁰⁴ Vgl. *Figueiredo*, O Sistema Único de Saúde, 2013, S. 62.

Verwaltungsebene kann sich über mehrere Gemeinden und/oder Bundesländer erstrecken. Die Bundesländer sollen daher die Verhältnisse zwischen den Gemeinden koordinieren.²⁰⁵

Die Entwicklungen sind ambivalent, sie zeigen sogar widersprüchliche Tendenzen. Das öffentliche Gesundheitswesen war vor 1988 zentralisiert.²⁰⁶ Brasilien hat andererseits historisch und wegen der Geographie eine Tradition der Autonomie der Gemeinde, denn in der Zeit der Kolonisierung war das Territorium zu groß und deswegen waren die unterschiedlichen Gemeinden isoliert.²⁰⁷ Schon in frühen Diskussionen der 1960er Jahre²⁰⁸ wurde die Dezentralisierung mit einem Schwerpunkt auf der Dezentralisierung zugunsten der Gemeinden (Munizipalisierung) gefordert. Die Militärdiktatur ab 1964 hat aber die Zentralisierung wieder erheblich verstärkt.²⁰⁹ Auf dieser Grundlage ist später die Dezentralisierung zu einer Forderung gegen Autoritarismus und die geringe Leistungsfähigkeit des Staates geworden.²¹⁰ Nach einer Übergangszeit ab 1986 ist mit der Verfassung von 1988 die Zeit der Diktatur zu einem Ende gekommen. Die Dezentralisierung, die während der 90er Jahre durchgeführt wurde, wird als Vorgang beschrieben, der durch den Zentralstaat vollzogen wurde und der die Unterstützung von unterschiedlichen Akteuren der Gesellschaft gefunden hat.²¹¹ Es ist aber daran zu erinnern, dass die 90er Jahre eine Zeit der wirtschaftlichen Krise waren. Die Stabilisierung der brasilianischen Währung und ein Rückbau des Staates standen im Zentrum.²¹² Die Dezentralisierung hat von daher vermutlich widersprüchliche Funktionen entfaltet.

Wie erwartet, wurden die lokalen Ebenen gestärkt. Diese Dezentralisierung hatte eine erhebliche Erhöhung der direkten Finanztransfers des Bundes für die Bundesstaaten und Gemeinden zur Folge. Das hat es ermöglicht, die Verwaltungsfähigkeit dieser Ebenen zu verstärken sowie das Dienstleistungsnetz zu erweitern.²¹³ Die Gesundheitsausschüsse²¹⁴

²⁰⁵ Vgl. *Dourado/Elias*, *Rev Saúde Pública*, Vol. 45, N. 1, 2011, 204. Vgl. *Gadelha/Machado/Lima*, *Ciência & Saúde Coletiva*, Vol. 16, N. 6, 2011, 3003 (3008).

²⁰⁶ Mit der Militärdiktatur ab 1964 hat sich diese Tendenz verschärft.

²⁰⁷ Vgl. *Figueiredo*, *O Sistema Único de Saúde*, S. 56.

²⁰⁸ Es wird außerdem berichtet, dass die Übertragung von Aufgaben an die Gemeinden und die Deszentralisierung in frühen Diskussionen der 70er Jahre stets miteinander verbunden gewesen seien. Vgl. *Trevisan*, *RAP*, Vol. 41, N. 2, März/April 2007, 237 (240).

²⁰⁹ Vgl. *Viana/Machado*, *Ciência & Saúde Coletiva*, Vol. 14, N. 3, 2009, 807 (810).

²¹⁰ *Viana/Lima/Ferreira*, *Ciência & Saúde Coletiva*, Vol. 15, N. 5, 2010, 2317 (2318 f.).

²¹¹ Vgl. *Viana/Machado*, *Ciência & Saúde Coletiva*, Vol. 14, N. 3, 2009, 807 (811).

²¹² Vgl. *Gadelha/Machado/Lima*, *Ciência & Saúde Coletiva*, Vol. 16, N. 6, 2011, 3003 (3008 ff.).

²¹³ Vgl. *Souza*, *Ciência & Saúde Coletiva*, Vol. 6, N. 2, 2001, 451(452); vgl. *Viana/Lima/Ferreira*, *Ciência & Saúde Coletiva*, Vol. 15, N. 5, 2010, 2317 (2319).

²¹⁴ Auf Portugiesisch *Conselhos de Saúde*. Jede Regierungsebene hat ihren Gesundheitsausschuss, dessen Zuständigkeiten die Formulierung von Strategien und die Kontrolle der Durchführung der Gesundheitspolitik sind, einschließlich der wirtschaftlichen und finanziellen Aspekte. Art. 1 § 2º des Gesetzes 8142/90. Brasilien, Gesetz 8142 vom 28. Dezember, 1990, abrufbar unter: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8142.htm>, Zugriff am 21. 12. 2015.

wurden auf den drei Regierungsebenen verstärkt. Es wurden außerdem Kommissionen der Verwalter des *SUS* geschaffen und verstärkt. Es gibt zwei Arten solcher Kommissionen: Auf Bundesebene sind in der Kommission die Verwalter von Bund, Bundesländern und Gemeinden vertreten.²¹⁵ Auf Ebene der Bundesländer sind die Verwaltungen von Bundesländern und Gemeinden²¹⁶ repräsentiert.²¹⁷ Dies sind die Gremien, die das Gesundheitssystem gestalten.²¹⁸ Bei diesem Vorgang wurde aber die Regionalisierung vergessen. Es ist deswegen ein Mangel an Integration der unterschiedlichen Dienste der lokalen Ebenen entstanden.²¹⁹ Die Dezentralisierung hat sich auf eine bloße Übertragung von Verantwortung und Finanzmitteln beschränkt.²²⁰ Sie hätte sich in eine umfassende Strategie für mehr Entwicklung eingliedern sollen. Stattdessen jedoch ging es um der Stabilisierung und Rückbau des Staates.²²¹ In diesem Kontext sind Probleme in der Planung und Koordination entstanden.²²² Dieser Prozess hat auch zur Reproduktion materieller Ungleichheiten geführt. Zudem blieben die Investitionen weitgehend wirkungslos.²²³ Ab dem Jahr 2000 wurde offensichtlich, dass die Dezentralisierung nicht ausreichte, um das System wirksam zu gestalten. Daraufhin wurde versucht, die Schritte in Richtung einer Regionalisierung zu lenken.

Der Bund hat die Dezentralisierung zugunsten der Gemeinden erleichtert, aber gleichzeitig Strukturen geschaffen, die einer späteren Regionalisierung im Weg standen. Die Bundesstaaten sollten die Verhältnisse zwischen den Gemeinden koordinieren. Im Jahr 2000 wurde durch eine Verwaltungsrichtlinie für die Gesundheitsversorgung²²⁴ versucht zu erreichen, dass die Bundesstaaten die führende Rolle auf regionaler Ebene übernehmen, insbesondere durch Instrumente der regionalen Planung. Die inzwischen mächtigen Gemeinden verstanden das Vorhaben als neue Zentralisierung und sperrten sich dagegen. Erst als die Perspektive sich geändert hat, konnte die Regionalisierung Gestalt annehmen. Es

²¹⁵ Auf Portugiesisch *Comissões Intergestores Tripartite – CIT*.

²¹⁶ Auf Portugiesisch *Comissões Intergestores Bipartite – CIB*.

²¹⁷ Vgl. *Dourado/Elias*, *Rev Saúde Pública*, Vol. 45, N. 1, 2011, 204 (207), m. w. N.

²¹⁸ *Figueiredo*, *O Sistema Único de Saúde*, S. 59.

²¹⁹ Vgl. *Dourado/Elias*, *Rev Saúde Pública*, Vol. 45, N. 1, 2011, 204 (207 ff.).

²²⁰ Es wird vertreten, dass die Dezentralisierung nur „bürokratisch“ stattgefunden habe. Die bloße Übertragung von Aufgaben habe wegen des Mangels an technischer Unterstützung zur Überforderung der Gemeinden geführt. Zugleich habe ein Rückzug des Bundes und der Bundesstaaten aus der Verantwortung stattgefunden. *Batista Júnior*, *Audiência Pública Saúde*.

²²¹ Vgl. *Gadella/Machado/Lima*, *Ciência & Saúde Coletiva*, Vol. 16, N. 6, 2011, 3003 (3008). Wichtig auch, dass in dieser ersten Phase der Entwicklung des einheitlichen Gesundheitssystems diese spezifische Dezentralisierung nur ein Phänomen der allgemeinen Tendenz zur Dezentralisierung der Sozialpolitik in Brasilien der 90 Jahre war. Vgl. *Dourado/Elias*, *Regionalização e dinâmica política do federalismo sanitário brasileiro*, *Rev Saúde Pública*, Vol. 45, N. 1, 2011, S. 207, m. w. N.

²²² Vgl. *Viana/Lima/Ferreira*, *Ciência & Saúde Coletiva*, Vol. 15, N. 5, 2010, 2317 (2319).

²²³ *Souza*, *Ciência & Saúde Coletiva*, Vol. 6, N. 2, 2001, 451 (452).

²²⁴ Auf Portugiesisch *NOAS – Norma Operacional Básica da Assistência à Saúde*.

wurde bestimmt, dass die Verantwortung und Ziele der drei Regierungsebenen verhandelt und durch Kooperation und Solidarität verfolgt werden sollten. Dies wurde dann akzeptiert und mittels eines Verwaltungspaktes²²⁵ umgesetzt.²²⁶

Instrumente des ersten Versuches aus dem Jahr 2000 wurden beibehalten. Das umfasste die Pläne für Regionalisierung und Investitionen²²⁷ sowie über die Verhandlung über die Nutzung der Finanzmittel unter der Maßgabe, dass die Dienste integriert sind.²²⁸ Die Anfertigung der Pläne ist eine gemeinsame Verantwortung der Verwalter der Bundesländer und der Gemeinden. Die Verwalter der Bundesländer koordinieren aber das Verfahren. Ziele sind unter anderem, die Qualität und den Zugang zur Versorgung zu verbessern, die Ungleichheiten zu reduzieren, die Integralität der Versorgung zu gewährleisten und die Dienste effizienter zu gestalten. Außerdem wurden Ausschüsse für die regionale Verwaltung²²⁹ formell eingeführt. Diese sollten, wie die Kommissionen der Verwalter für die Ebene der Bundesländer,²³⁰ als Entscheidungsebene funktionieren, nur mit dem Unterschied, dass sie die entsprechende Region umfassen.²³¹ Zusammengefasst bestehen die neuen Entwicklungen der Regionalisierung in der Schaffung von Kommissionen der Verwalter der Regionen²³², die die vorher formalisierten Ausschüsse für die regionale Verwaltung ersetzt haben. Diese neuen Organe sind mit den „Landesministerien für Gesundheit“²³³ verbunden und haben die Zuständigkeit, die allgemeine Planung der Maßnahmen und Gesundheitsdienste durchzuführen. Zudem sind sie für die Gestaltung eines Vertrages für die Organisation der öffentlichen Tätigkeit²³⁴ verantwortlich.²³⁵

Außer durch die Prinzipien der Dezentralisierung und der Regionalisierung wird die Gestaltung des öffentlichen Gesundheitswesens auch durch die im folgenden Abschnitt behandelten Prinzipien geleitet.

²²⁵ Auf Portugiesisch *Pacto pela Saúde 2006*.

²²⁶ Vgl. *Dourado/Elias*, Rev Saúde Pública, Vol. 45, N. 1, 2011, 204 (207 ff.).

²²⁷ Auf Portugiesisch *Planos Diretores de Regionalização*.

²²⁸ Auf Portugiesisch *Programação Pactuada e Integrada*.

²²⁹ Auf Portugiesisch *Colegiado de Gestão Regional – CGR*.

²³⁰ Wie bereits dargestellt, sind in den Kommissionen für die Ebene der Bundesländer die Verwaltung von Bundesländern und Gemeinden repräsentiert. *Dourado/Elias*, Rev. Saúde Pública, vol. 45, Nr. 1, 2011, 204 (207), m. w. N.

²³¹ Vgl. *Dourado/Elias*, Rev Saúde Pública, Vol. 45, N. 1, 2011, 204. Eine Zusammenfassung der Erzählung des Autors.

²³² Auf Portugiesisch *Comissões Intergestores Regionais – CIR*.

²³³ Auf Portugiesisch *Secretarias Estaduais de Saúde*.

²³⁴ Auf Portugiesisch *Contrato Organizativo de Ação Pública – COAP*.

²³⁵ *Figueiredo*, O Sistema Único de Saúde, S. 69 ff.

3. Integralität und Hierarchisierung

Die öffentlichen Maßnahmen und Gesundheitsdienste gehören zu einer Kette, die regional und „hierarchisiert“ ist.²³⁶ Eine weitere Grundlage des Systems ist die „Integralität der Dienste, mit Priorität für präventive Maßnahmen, ohne Nachteil für die Dienstleistung“.²³⁷ Das Gesetz erwähnt die „Integralität“ als Grundlage des Systems und erklärt sie als die „Gesamtheit der Tätigkeiten und Dienste, die zur Prävention und Heilung, an Individuen und an die Gesellschaft gerichtet werden und in jeder Komplexitätsstufe²³⁸ des Systems für die entsprechenden Situationen notwendig sind. Solche Tätigkeiten bilden eine Einheit, die durchgehend und integriert stattfindet“.²³⁹ Direkt damit verbunden ist die Bestimmung, dass „jede Komplexitätsstufe ihre Aufgabe vollständig erledigen soll. Die öffentlichen Gesundheitsdienste werden mit dem Ziel gestaltet, dass zur gleichen Aufgabe nicht mehrere Strukturen eingerichtet werden“.²⁴⁰

Einige Elemente, die vorher vorgestellt wurden, sind auch hier von Bedeutung; zum Beispiel, dass wegen regionaler Unterschiede eine Verteilung der Dienste innerhalb des Territoriums notwendig ist, sodass die Dienste eine Art Netz bilden. Durch dieses Netz werden nicht nur Defizite der unterschiedlichen Gemeinden und Regionen ausgeglichen, sondern auch die Wirksamkeit verbessert. Der nächste Schritt ist hierin schon implizit enthalten, nämlich die Anerkennung, dass es außerdem Unterschiede in der Komplexität der Versorgung gibt. Zum einen ist die Hochtechnologie nicht überall vorhanden. Zum anderen wird die Grundversorgung am häufigsten von der Bevölkerung in Anspruch genommen.²⁴¹ In diesem Kontext entsteht eine dynamische Verbindung zwischen unterschiedlichen Komplexitätsstufen der Versorgung, zwischen der Grundversorgung, zwischen der Versorgung der mittleren Komplexitätsstufe und der Versorgung der hohen Komplexitätsstufe. Das wird als Hierarchisierung bezeichnet.²⁴²

Jede Komplexitätsstufe soll die Bedürfnisse der Patienten und mögliche Risiken in Betracht ziehen. Das Gesundheitsteam soll die Fälle sorgfältig diskutieren und sich aktiv mit

²³⁶ Art. 198 „Caput“ CF.

²³⁷ Art. 198 II CF.

²³⁸ Die Gesundheitsversorgung ist in drei Komplexitätsstufen organisiert: die Grundversorgung, die Versorgung der mittleren Komplexitätsstufe und die Versorgung der hohen Komplexitätsstufe. Diese Gestaltung weist auf die Hierarchisierung hin, die Bedeutung der Hierarchisierung wird im Folgenden erläutert.

²³⁹ Art. 7 II Gesetz 8080/90.

²⁴⁰ Art. 7 XII und XIII Gesetz 8080/90.

²⁴¹ Vgl. *Kuschnir/Lima/Batista*, in: *Gondim/Bomfim/Gragois*, Configuração da rede regionalizada e hierarquizada de atenção à saúde no âmbito do SUS S. 124.

²⁴² Vgl. *Figueiredo*, O Sistema Único de Saúde, S. 74 ff.

anderen Leistungserbringern in Verbindung setzen. Es wird nicht nur das spezifische Krankheitsbild diskutiert, sondern auch zusätzliche Krankheitsrisiken. Das setzt auch voraus, dass eine Synergie und Verbindungen mit anderen Politikinstrumenten außerhalb der Gesundheit gesucht werden, z.B. Wohnung, Arbeit, Bildung.²⁴³

Außerdem wird die Grundversorgung aufgewertet,²⁴⁴ da in der Grundversorgung nicht nur Versorgung und Maßnahmen zur Wiederherstellung der Gesundheit enthalten sind, sondern weil sie auch der Ort ist, an dem die Förderung der Gesundheit und die Prävention von Krankheiten verfolgt wird. In der Grundversorgung findet der engste Kontakt mit der Bevölkerung statt. Hier könnte als Beispiel zitiert werden, was ich hier wörtlich als „Strategie für die Gesundheit der Familie“ übersetze. Diese Strategie läuft seit dem Jahr 1993 und hat einen Schwerpunkt in der Familie und in der Gemeinde. Durch sie wird, unter anderem, versucht, soziale und wirtschaftliche, psychische und epidemiologische Umstände der Familien zu erfassen. Weitere Aufgaben sind die Gesundheitsaufsicht, die integrale Gesundheitsversorgung, Maßnahmen gegen bestimmte Krankheiten und Gesundheitsaufklärung. Zu ihren Aufgaben gehören, Maßnahmen, die koordiniert mit anderen Sektoren bzw. Akteure ablaufen, mit dem Ziel, die Lebensqualität und die Umwelt zu verbessern. Auf diese Weise werden das Individuum und sein Gesundheitsdefizit nicht mehr isoliert betrachtet.²⁴⁵ Ein weiterer Aspekt der Aufwertung der Grundversorgung liegt darin, dass die Komplexität dieser Stufe nicht in der Technologie liegt, sondern in der Komplexität der Qualifizierung des Personals und in der Fähigkeit, die Verbindungen und den Zugang zum System aufzubauen.²⁴⁶

Nach einer oben bereits erwähnten Ansicht der Literatur dürfen die Privatversicherten grundsätzlich nicht die Leistungen des SUS beanspruchen. Sie haben eine andere Systematik der Absicherung gewählt und sollen gemäß dieser Absicherung Leistungen erhalten. Die Begründung dafür kommt aus einer anderen Auslegung der Integralität. Der Versicherte muss in Behandlung des öffentlichen Gesundheitsdiensts stehen, er muss die öffentliche Absicherung gewählt haben. Anderenfalls würde gegen das Prinzip der Vollständigkeit der Versorgung verstoßen.²⁴⁷

²⁴³ Vgl. *Graboys*, in: *Gondim/Bomfim/Gragois*, *Gestão do Cuidado*, S. 158. Vgl. *Figueiredo*, *O Sistema Único de Saúde*, S. 83.

²⁴⁴ Vgl. *Figueiredo*, *O Sistema Único de Saúde*, S. 81.

²⁴⁵ *Gondim/Bomfim/Gragois*, in: *ders.* *Organização da atenção*, S. 108 ff.

²⁴⁶ *Kuschnir/Lima/Batista*, in: *Gondim/Bomfim/Gragois*, *Configuração da rede regionalizada e hierarquizada de atenção à saúde no âmbito do SUS*, S. 137.

²⁴⁷ Vgl. *Santos*, *SUS: contornos jurídicos da integralidade da atenção à saúde*, S. 5 f.

Die Integralität enthält außerdem Elemente der Rationalisierung des Systems. Es wird z.B. auf die Schaffung von „Behandlungslinien“ für ähnliche Situationen hingewiesen. Hier kommt die „*Evidence Based Medicine*“ als Instrument in Betracht.²⁴⁸ Ein weiteres, damit zusammenhängendes Beispiel ist die Schaffung von „therapeutischen Richtlinien“ für die öffentliche Gesundheitsversorgung. Sie bieten eine Orientierung, die einerseits beschwert, technische Begründungen für die Entscheidungen zu schaffen und andererseits die Vielfalt der Therapien und der Vorgehensweisen zu reduzieren.²⁴⁹ Sowohl diese therapeutischen Richtlinien als auch die förderative Gestaltung von unterschiedlichen Komplexitätsstufen werden intern in den Gesundheitsdiensten erarbeitet. Denn die Experten für bestimmte Bereiche der Gesundheit und die Gesundheitsteams müssen koordiniert arbeiten. Zudem erhalten sie untereinander technische Unterstützung.²⁵⁰ Das verlangt nicht nur technische und wissenschaftliche Übereinstimmung, sondern auch eine Abstimmung mittels Vereinbarungen zwischen den Verwaltern.²⁵¹ Die Hierarchisierung bedeutet in diesem Zusammenhang eigentlich keine Hierarchie im engeren Sinn, sondern hat den Charakter eines einheitlichen und organisierten Systems.²⁵²

4. Prinzip der Einheit

Zurück zum Art. 198 CF, zurück zur Kette der Gesundheitsdienste und der weiteren Maßnahmen, die in unterschiedlichen Komplexitätsstufen Gestalt annehmen: Sie sollen ein „einheitliches System“ bilden.²⁵³ Außerdem gibt es eine „Dezentralisierung mit einheitlicher Führung auf jeder Regierungsebene“. ²⁵⁴ Diese Führung wird auf Bundesebene durch das Gesundheitsministerium ausgeübt, auf Ebene der Bundesstaaten und des Bundesdistriktes durch die entsprechenden Landesministerien für Gesundheit und auf der Ebene der Gemeinden durch die entsprechenden Ämter für Gesundheit.²⁵⁵

In der Literatur werden drei Aspekte erläutert: erstens, dass dieses Prinzip als Ziel habe, die institutionelle Fragmentierung zu beseitigen; zweitens, dass dieses Prinzip sich durch die einheitliche Führung in jeder Regierungsebene konkretisiere; drittens, dass dieses

²⁴⁸ Vgl. *Figueiredo*, O Sistema Único de Saúde, S. 78.

²⁴⁹ Vgl. *Graboys*, in: Gondim/Bomfim/Graboys, Gestão do Cuidado, S. 168.

²⁵⁰ Vgl. Und für Einzelheiten *Figueiredo*, O Sistema Único de Saúde, S. 79.

²⁵¹ Vgl. *Graboys*, in: Gondim/Bomfim/Graboys, Gestão do Cuidado, S. 164.

²⁵² Vgl. *Figueiredo*, O Sistema Único de Saúde, S. 81.

²⁵³ Art. 198 „Caput“ CF.

²⁵⁴ Art. 198 I CF.

²⁵⁵ Art. 9. I, II, III Gesetz 8080/90.

Prinzip eng mit der „Planung im SUS“ verbunden sei. Letztere umfasse viele der Instrumente, die dieses Prinzip umsetzen,²⁵⁶ wie zum Beispiel die Zuständigkeit der nationalen Führung des SUS für die Anfertigung der „Nationalen Strategischen Planung“.²⁵⁷ Das solle durch technische Kooperation mit Bundesländern, Gemeinden und Bundesdistrikt geschehen.²⁵⁸ Ein weiteres Beispiel ist, dass die Planung der Gesundheit integriert von der Ebene der Gemeinden bis zur Ebene des Bundes gestaltet ist.²⁵⁹ Weitere Beispiele sind die „Gesundheitspläne“²⁶⁰ und die „Landkarten für Gesundheit“.²⁶¹ Die Karten enthalten unter anderem Informationen über die Struktur des Gesundheitssystems, den sozialen und gesundheitlichen Kontext, die Zugangswege, die Finanzmittel, die Technologie und die Innovation. Diese leiten die „Gesundheitspläne“ an, die jede Regierungsebene erstellen muss. Diese wiederum bestimmen die Ziele der öffentlichen Gesundheitsversorgung und sind Ergebnis der integrierten Planung der Regierungsebenen.²⁶²

Damit sind Aspekte angesprochen, die schon in den anderen Prinzipien enthalten sind, insbesondere die Idee der Verteilung der Macht zwischen unterschiedlichen Regierungsebenen, die aus dem Föderalismus kommt und die als Dezentralisierung bezeichnet wird. Unterschiede bestehen aber in der Leistungsfähigkeit und in den Bedürfnissen der Gemeinden. Deswegen ist es notwendig, dass innerhalb des Territoriums eine Vernetzung der Gesundheitsdienste und Gesundheitspläne stattfindet. Da die Verteilung der Macht schließlich auch die Verteilung von Kompetenzen bedeutet, hat die Kooperation zwischen den Regierungsebenen eine wesentliche Bedeutung. Dies wurde vorher als Regionalisierung charakterisiert. Weiter bestehen unterschiedliche Komplexitäts- bzw. Intensitätsstufen der Versorgung und diese werden mit variabler Frequenz in Anspruch genommen. Diese Stufen müssen deswegen in einer dynamischen und harmonischen Verbindung zueinander stehen. Dies beschreibt, was zuvor Hierarchisierung genannt wurde. Jede Stufe soll aber ihre Aufgabe erledigen können, damit Aufgaben nicht auf weitere Stufen übertragen werden und vermieden wird, dass es mehrere Strukturen für das gleiche Ziel gibt.

²⁵⁶ Vgl. *Figueiredo*, O Sistema Único de Saúde, S. 50 ff.

²⁵⁷ Auf Portugiesisch *Planejamento Estratégico Nacional*.

²⁵⁸ Art. 16 XVIII Gesetz 8080/90.

²⁵⁹ Art. 36 „Caput“ Gesetz 8080/90.

²⁶⁰ Auf Portugiesisch *Planos de Saúde*.

²⁶¹ Auf Portugiesisch *Mapas da Saúde*.

²⁶² Vgl. *Brasilien*, die Präsidentin, Rechtsverordnung (Decreto) 7508 von 28. 06. 2011, abrufbar unter: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7508.htm>, Zugriff am 17. 12. 2015, insbesondere Art. 15 bis 18; vgl. auch *Brasilien*, Gesundheitsministerium, Ausführungsverordnung (Portaria) 2.135 von 25. 09. 2013, abrufbar unter: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt2135_25_09_2013.html>, Zugriff am 17. 12. 2015, insbesondere Art. 3 § 3 I.

Dies sind allerdings schon Aspekte der Vollständigkeit der Gesundheitsversorgung. Das System sieht aber auch allgemeinere Tätigkeiten des Gesundheitssektors vor, wie Prävention und Förderung. Diese Elemente zusammen werden als Integralität der Gesundheitsversorgung erfasst. Von daher vermute ich, dass das Prinzip der Einheit eher der Betonung dient, da seine einzelnen Elemente schon in anderen Prinzipien enthalten sind. Angestrebt wird damit ein System, das eine Orientierung und gleichzeitig Anpassungsmöglichkeiten für die örtlichen Bedürfnisse bietet.

5. Teilnahme der Gesellschaft

Zuletzt bleibt die Teilnahme der Gesellschaft als Grundlage des SUS zu erläutern.²⁶³ Das Gesetz 8142/90²⁶⁴ regelt die Teilnahme der Gesellschaft an der Verwaltung des *SUS*. Der Gesundheitsausschuss ist ein Organ, das in diesem Gesetz vorgesehen ist.²⁶⁵ Dieses Organ besteht dauerhaft und seine Entscheidungen werden gemeinsam innerhalb eines Gremiums getroffen. Seine Mitglieder sind Vertreter der Regierung, der Leistungserbringer, der Gesundheitsberufe und der Nutzer des Gesundheitssystems. Jede Regierungsebene hat ihren Gesundheitsausschuss, dessen Zuständigkeiten die Formulierung von Strategien und die Kontrolle der Durchführung der Gesundheitspolitik sind, einschließlich der wirtschaftlichen und finanziellen Aspekte.²⁶⁶ Auch von Bedeutung ist hier zum Beispiel die Gesundheitskonferenz, die alle vier Jahre auf jeder Regierungsebene stattfindet. Die unterschiedlichen Schichten der Gesellschaft müssen in der Konferenz vertreten sein. Ihre Aufgabe ist es, die Situation der Gesundheit zu evaluieren und die Grundlagen für die Formulierung der Gesundheitspolitik vorzugeben.²⁶⁷

Die Grundlage der Teilnahme der Gesellschaft an der Planung und Kontrolle des *SUS* wird in der Literatur in der Anerkennung von Rechten für die Mitwirkung an der Gestaltung und den Verfahren des Gesundheitssystems gesehen. Nach dieser Ansicht besteht eine klare Verbindung zum demokratischen Prinzip und drückt sich hier in der direkten Ausübung eines Rechtes der „partizipativen Demokratie“ aus.²⁶⁸

Die Verteilung der Macht zwischen unterschiedlichen Regierungsebenen charakterisiert die Dezentralisierung. Die Regionalisierung verlangt die Vernetzung und Kooperation zwischen diesen unterschiedlichen Machtträgern, damit ein Ausgleich der Defizite stattfindet. Diese Vernetzung und Kooperation betreffen auch die unterschiedlichen Stufen der Versorgung. Die Bedürfnisse und die entsprechende Technologie sind nicht gleichmäßig verteilt. Daraus ergibt sich die Notwendigkeit, die Gesundheitsversorgung in unterschiedlichen Komplexitätsebenen zu organisieren. Von der Grundversorgung bis zur

²⁶³ Art. 198 III CF. Außerdem Art. 7., VIII, Gesetz 8080/90.

²⁶⁴ Brasilien, Gesetz 8142 von 28. Dezember, 1990, Abrufbar unter: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8142.htm>, Zugriff am 21. 12. 2015.

²⁶⁵ Art. 1 II des Gesetzes 8142/90.

²⁶⁶ Art. 1 § 2 des Gesetzes 8142/90.

²⁶⁷ Art. 1 § 1 des Gesetzes 8142/90.

²⁶⁸ Vgl. *Figueiredo*, O Sistema Único de Saúde, S. 89. Zum historischen Hintergrund möchte ich darauf hinweisen, dass diese Idee relativ neu ist und ihren Anfang in den 80er Jahren im Kontext des Rückweges zur Demokratie hat. *Faleiros/Silva/Vasconcellos*, histórias da Reforma Sanitária e do Processo Participativo, S. 35 ff.

hohen Komplexitätsstufe sieht man einen Aufstieg und deswegen nennt man das Hierarchisierung. Die Idee ist aber auch, dass die Versorgung zu einem Ganzen wird. Denn dann werden die Verbindungen zwischen diesen Ebenen dynamischer, und zwar in beide Richtungen. Jede Ebene muss außerdem all ihren entsprechenden Aufgaben nachkommen. Hier kommt die Integralität zum Ausdruck. Hier können wir das Ziel erkennen, die Bedürfnisse der Gemeinden und Regionen zu berücksichtigen. Zudem sind die lokalen Ebenen und Regionen aufgerufen, ihre Befugnisse wahrzunehmen. Das Prinzip der Einheit betont nur, dass das System zwar Anpassungsmöglichkeiten an die örtlichen Bedürfnisse bietet, insgesamt aber eine gemeinsame Struktur vorgibt.

Alle diese Ideen, die sich von den anderen Prinzipien ableiten lassen, machen einen großen Teil der Beschreibung auch des Prinzips der *Teilnahme der Gesellschaft* aus.²⁶⁹ Dazu gehören auch die konkreten Vor- und Nachteile eines Mehrebenensystems. Einerseits, etwa die Anpassungsmöglichkeit und maximale Wirksamkeit bei funktionierender Kooperation; andererseits mangelnde Orientierung und geringe Wirksamkeit, wenn keine Kooperation stattfindet. Ein weiterer Gedanke, der sich aus dieser Beschreibung ergibt, wäre, dass die Gesellschaft nicht nur Adressat, sondern auch Gestalter der Gesundheitsversorgung ist. Durch eine aktive Gesellschaft versucht man, Solidarität und Kooperation zu vertiefen. Diese Gesellschaft, die die Gesundheitsversorgung gestaltet, soll auch die Ergebnisse kontrollieren. Dadurch hofft man, die Legitimität der Gesundheitspolitik zu stärken.²⁷⁰

²⁶⁹ Vgl. *Figueiredo*, O Sistema Único de Saúde, S. 89 ff.

²⁷⁰ Vgl. ebd., S. 89 ff.

III. Zwischenergebnis

Die *Selbstverwaltung* drückt in der GKV die Verselbständigung der sozialen Sicherung aus und wird gemeinsam durch Ärzte, Zahnärzte, Psychotherapeuten, Krankenhäuser und Krankenkassen ausgeübt. Eine ähnliche Idee verfolgt im SUS die *Teilnahme der Gesellschaft*. Der Gesundheitssausschuss jeder Regierungsebene hat die Zuständigkeit, Strategien zu formulieren und die Durchführung der Gesundheitspolitik zu kontrollieren. Er wird von Vertretern der Regierung, der Leistungserbringer, der Gesundheitsberufe und der Nutzer des Gesundheitssystems besetzt. Dies drückt nach meiner Einschätzung ein allgemeines Verlangen nach Verselbständigung der sozialen Sicherung aus. Man sollte auch in Betracht ziehen, dass die Gestaltung der Gesundheitsversorgung auch durch die Kommissionen der Verwalter des SUS verwirklicht wird. Auf Ebene des Bundes sind in der Kommission die Verwaltungen der drei Regierungsebenen repräsentiert; auf Ebene der Bundesländer die Verwaltungen von Bundesländern und Gemeinden.

Brasilien unterscheidet sich von Deutschland durch sein immenses Territorium. Dies dürfte einer der wesentlichen Gründe sein, weshalb die föderative Gestaltung der Gesundheitsversorgung so markant ist. Dezentralisierung, Regionalisierung, Integralität, Hierarchisierung und Einheit sind alles Grundlagen, die sich damit zu tun haben.

Das Solidarprinzip wird in Deutschland ausdrücklich statuiert; anders in Brasilien, wo es aber in den Prinzipien der Universalität und Gleichheit enthalten ist. Auch die Teilnahme der Gesellschaft bringt Solidarität zum Ausdruck. Außerdem weist die solidarische Finanzierung auf die Relevanz des Gleichheitsprinzips in der deutschen GKV hin. Selbstverantwortung und Solidarität gleichzeitig in Betracht zu ziehen, bedeutet, sich stets mit der Frage nach der Grenzziehung befassen zu müssen.

Eine Versicherungspflicht entweder in der GKV oder in der PKV zu begründen, bedeutet möglicherweise eine andere Form, die Absicherung der gesamten Bevölkerung zu verfolgen. Dies könnte als eine Alternative zum Universalitätsprinzip gesehen werden.

Beide Länder können ihrer Aufgabe bezüglich der Gesundheitsversorgung entweder mit eigener Struktur oder durch Dritte nachkommen. Dies beschränkt sich jedoch nicht auf die Frage nach der Leistungserbringung, wobei es in Brasilien den Anschein hat, dass Defizite des SUS zu einer vermehrten Leistungserbringung durch Dritte führen. Dies unterstreicht die soziale Bedeutung der PKV.

D. Funktion der privaten Absicherung in Deutschland und in Brasilien

I. Versicherungsprinzip, Äquivalenz und Vertrag

Die Funktion einer Versicherung besteht darin, die wirtschaftlichen Folgen eines zufälligen Schadensfalles auszugleichen. Nicht alle Risiken des Lebens lassen sich vermeiden. Eine Versicherung kann dem Zufall nicht ausschließen. Wenn er sich aber verwirklicht, können die finanziellen Folgen ganz oder teilweise verhindert werden.²⁷¹ Deswegen sagt man für die PKV, dass das versicherte Interesse nicht die Gesundheit, sondern das Vermögen einer Person sei.²⁷² In diesem Sinne wird die Zukunft wirtschaftlich planbar und es werden dem Einzelnen und der Gesellschaft Handlungsfreiräume geschaffen.²⁷³

Ob eine Person einen bestimmten Schaden erleiden wird, ist nicht berechenbar. Aber innerhalb einer Gruppe ist eine Abschätzung für eine Risikoart möglich. Durch diese Möglichkeit kann der Gesamtbedarf an Finanzmitteln innerhalb eines Jahres eingeschätzt werden. Man bezeichnet dies im Bereich der Versicherungswissenschaft und der Regeln der Wahrscheinlichkeit als das stochastische Gesetz der großen Zahl. Dieses Gesetz ist die Grundlage der heutigen Versicherungen, die auf reinen Prämienvorauszahlungen des Versicherten basieren.²⁷⁴

Die Versicherung wird als ein Zusammenschluss von Wirtschaftssubjekten charakterisiert, die von einer gleichartigen Gefahr bedroht werden.²⁷⁵ Das Versicherungsprinzip schafft zwischen ihnen einen versicherungsmäßigen Risikoausgleich. Da die Versicherungstatbestände ungleichmäßig auftreten, wird das wirtschaftliche Risiko innerhalb der homogenen Risikogruppen der Versicherten gestreut.²⁷⁶ Hier werden zwei funktionelle Aspekte sichtbar: die Übernahme des Risikos durch eine Versichertengemeinschaft und die Entlastung des Einzelnen.²⁷⁷ Da die Absicherung konkret an die Gefahr knüpft, die in einer Person liegt,²⁷⁸ wird die Höhe des Beitrages, die

²⁷¹ Vgl. Wandt, Versicherungsrecht, Rn. 7, Rn. 94; vgl. Looschelders, VersR 1996, 529.

²⁷² Vgl. Schäfer, in: Igl/Welti, Private Krankenversicherung, S. 178.

²⁷³ Vgl. Looschelders, VersR 1996, 529; vgl. Wandt, Versicherungsrecht, Rn. 7, Rn. 94.

²⁷⁴ Vgl. Wandt, Versicherungsrecht, Rn. 96 f.

²⁷⁵ Smigielski, in: Schmähl, Die Bedeutung des Versicherungsgedankens für die gesetzliche Krankenversicherung, S. 77.

²⁷⁶ Vgl. Henke, in: Schmähl, Zur Rolle des Versicherungsprinzips in der gesetzlichen Krankenversicherung, S. 58, m. w. N.; vgl. auch Jönsson/Musgrove, in: Schieber, Government Financing of Health Care, S. 59.

²⁷⁷ Smigielski, in: Schmähl, Die Bedeutung des Versicherungsgedankens für die gesetzliche Krankenversicherung, S. 77 f.

²⁷⁸ Vgl. Schäfer, in: Igl/Welti, Private Krankenversicherung, S. 178.

Gegenleistung des Versicherten, nach dem individuellen Risiko berechnet.²⁷⁹ Einerseits findet durch die Streuung des Risikos eine Entlastung des Individuums statt, andererseits durch den Beitrag oder die Prämie wieder eine Belastung.

Vorher wurde erwähnt, dass der zukünftige Gesamtbedarf an Finanzmitteln eingeschätzt werden könne. Die Gesamthöhe der Prämien wird zuerst durch diese Einschätzung bestimmt. Aber wie stark ein bestimmter Versicherter belastet wird, bemisst sich durch das individuelle Risiko. Das wird als „Risikogerechtigkeit der Prämien“ und als „individuelles Äquivalenzprinzip“ bezeichnet. Ab einer bestimmten Feinheit der Unterscheidung ist es aber nicht mehr sinnvoll, das individuelle Risiko zu bestimmen. Entweder wegen der damit verbundenen hohen Kosten oder da eine vollständige Einschätzung des individuellen Risikos äußerst schwierig, ggf. auch gar nicht möglich ist. Das Äquivalenzprinzip wird deswegen gewissermaßen auf ein Kollektiv ungleicher Risiken bezogen. Die Versicherungen orientieren sich mehr oder weniger undifferenziert an Durchschnitts- oder, anders gesagt, an Einheitsprämien. Dies bedeutet, dass die überdurchschnittlich hohen Risiken durch die unterdurchschnittlich hohen Risiken subventioniert werden, was gegebenenfalls auch gesellschaftlich von Vorteil ist.²⁸⁰ Eine andere Meinung bezeichnet es als Antiselektion,

„wenn es an Informationen über das wahre Risiko des Einzelnen fehlt, was dazu führt, dass die Versicherungsgesellschaften allen Kunden eine einheitliche Prämie berechnen und es für eine Person mit geringen Risiken unmöglich ist, eine Versicherung zu einem versicherungsmathematisch fairen Preis zu kaufen.“²⁸¹

Nach dieser Meinung könnte die Orientierung an Durchschnitts- oder Einheitsprämien als Fehlfunktion eingeordnet werden. Ich vermute aber, dass das an sich keine Fehlfunktion bedeutet. Dass die vollständige Einschätzung des individuellen Risikos nicht immer möglich ist, gehört zur Funktionsweise der Versicherungen. Es kommt außerdem darauf an, ob ein Versicherungsfall überhaupt stattfindet und wenn ja, wie kostenträchtig er ist. Die eventuellen Mehrwerte können nicht nur den Ertrag des Versicherers bilden, sondern auch Mehrausgaben decken.

²⁷⁹ Vgl. ebd., S. 199.

²⁸⁰ Vgl. Wandt, Versicherungsrecht, Rn. 102 f.

²⁸¹ Queisser, in: Scheil-Adlung, Privatisierung: Auf dem Weg zu einer individuelleren Wahl des Sozialschutzes, S. 46.

Die Leistung des Versicherers entspricht einer Gegenleistung des Versicherten. Ein bestimmtes wirtschaftliches Risiko wird in einer gewissen Tragweite versichert. Für diese Leistung müssen Beiträge oder Prämien als Gegenleistung entrichtet werden. Sie sollen zueinander in äquivalentem Verhältnis stehen.²⁸² Die Beiträge werden nach dem Wert des Versicherungsschutzes berechnet²⁸³ und müssen alle Ausgaben des Versicherers ausgleichen, z.B. die Kosten für die Leistungen und die Verwaltungskosten.²⁸⁴

In der PKV ist eine Risikodifferenzierung nach Gesundheitszustand, Eintrittsalter, Zahl der mitversicherten Familienangehörigen und teilweise nach Geschlecht verbreitet.²⁸⁵ Der Versicherer muss das individuelle Krankheitsrisiko des Versicherten, die Wahrscheinlichkeit des Leistungsfalles, einschätzen können, damit er die Beiträge zutreffend berechnet. Deswegen ist der Versicherungsnehmer verpflichtet, auf Frage des Versicherers in Textform vor Vertragsschluss die Vorerkrankungen und weitere relevante Umstände anzuzeigen.²⁸⁶ Ein erhöhtes Risiko führt entweder zum entsprechenden Risikozuschlag, zum Leistungsausschluss²⁸⁷ oder zur vollständigen Ablehnung des Vertragsabschlusses.²⁸⁸

Die PKV ist ein Konstrukt der privaten Wirtschaft, des Marktmodells. Die Absicherung und die entsprechenden Prämien sind letztlich Ergebnisse eines Interessenausgleiches zwischen Privaten mittels eines Vertrages.²⁸⁹ Wie auch sonst in der privaten Wirtschaft dient hier als Grundlage die grundsätzliche Freiheit des Individuums. Konsequenterweise ergeben sich daraus die freie Entwicklung und ein Ausgleich von Nachfrage und Angebot. Erwünscht sind hier die Nachfrageautonomie und die Angebotsvielfalt. Daraus ergibt sich am Markt für Versicherungsleistungen eine Vielfalt von Tarifen, z. B. nach Leistungsbereichen (hier gegebenenfalls nicht nur für Deutschland, sondern auch für Brasilien), wie z.B. ambulante und stationäre Behandlung, Heil- und Hilfsmittel.²⁹⁰

²⁸² Vgl. *Schäfer*, in: Igl/Welti, Private Krankenversicherung, S. 199; vgl. auch *Smigielski*, in: Schmähl, Die Bedeutung des Versicherungsgedankens für die gesetzliche Krankenversicherung, S. 79. *Henke*, in: Schmähl, Zur Rolle des Versicherungsprinzips in der gesetzlichen Krankenversicherung, S. 57.

²⁸³ *Smigielski*, in: Schmähl, Die Bedeutung des Versicherungsgedankens für die gesetzliche Krankenversicherung, S. 79.

²⁸⁴ *Schäfer*, in: Igl/Welti, Private Krankenversicherung, S. 194 f.

²⁸⁵ Vgl. *Smigielski*, in: Schmähl, Die Bedeutung des Versicherungsgedankens für die gesetzliche Krankenversicherung, S. 79. Vgl. *Schäfer*, in: Igl/Welti, Private Krankenversicherung, S. 185. Die Darstellung in der Tabelle. Zur Entscheidung des EuGH bezüglich einer Differenzierung des Krankenversicherungsbeitrags nach Geschlecht siehe Fn. 386.

²⁸⁶ *Schäfer*, in: Igl/Welti, Private Krankenversicherung, S. 194 f., S. 199.

²⁸⁷ Vgl. § 203 Abs. 1 S. 2 VVG.

²⁸⁸ *Schäfer*, in: Igl/Welti, Private Krankenversicherung, S. 194 f.

²⁸⁹ Vgl. *Wandt*, Versicherungsrecht, Rn. 1274

²⁹⁰ Vgl. *Henke*, in: Schmähl, Zur Rolle des Versicherungsprinzips in der gesetzlichen Krankenversicherung, S. 57.

Die Gestaltung der Absicherung ergibt sich aus der individuellen Entscheidung. Im Gegensatz dazu erkennt die Sozialversicherung generell ein Bedürfnis von sozialer Bedeutung an. Das Sich-Versichern oder eine Versicherung anzubieten ergibt sich grundsätzlich aus der Entscheidung der Einzelperson, im Gegensatz zur Sozialversicherung, bei welcher die Absicherung aus der Entscheidung des Gesetzgebers entsteht. Die Sozialversicherung entsteht somit mittelbar aus der Entscheidung der Allgemeinheit. Es gibt keinen Kontrahierungszwang in der privaten Absicherung, da Vertragsfreiheit besteht. Innerhalb der vielen Möglichkeiten kann das Individuum den Versicherungsschutz wählen, der seinen Bedürfnissen und Möglichkeiten am besten entspricht. Der Versicherer wird sich ebenso an die Präferenzen des Versicherten anpassen, wenn er am Markt bestehen will. Es wird also grundsätzlich jeweils ein Einzelversicherungsvertrag ausgestaltet. Die Finanzierung erfolgt hier entsprechend aus eigenen Mitteln des Individuums.²⁹¹ Es wird vertreten, dass das Marktsystem schneller bei Veränderungen der Nachfrage, also bei Änderungen in Bedarfen oder Wünschen der Menschen, reagiere.²⁹² Aus den oben genannten Gründen kann man die Flexibilität als charakterisierend für den Marktmechanismus anerkennen, insbesondere im Vergleich mit der Struktur des leistenden Staates. Die Einzelverträge geben folglich die Präferenzen, das Einkommen und die Preisbeurteilung der Vertragspartner wieder.²⁹³ In diesem Sinn sind sie flexibel.

Die höchste Flexibilität findet man in der idealen Funktionsweise des Marktsystems. Konkret in der privatwirtschaftlichen Krankenversicherung würde eine ideale Funktionsweise erfordern, dass es keinen Versicherungszwang, keine regulierten Preise (z.B. durch Gebührenordnung), keinen Mindestleistungskatalog und keine Versicherungsaufsicht gäbe.²⁹⁴ Es gibt jedoch einen Unterschied zwischen dem abstrakten Modell, das theoretisch behandelt wird, und der komplexen Realität dieses Systems in der Wirklichkeit. Lücken und Fehlfunktionen müssen behoben werden. Es ist infolgedessen vielleicht übertrieben zu behaupten, dass das Individuum der Gestalter der PKV ist. Die Bedürfnisse des Individuums werden mit unterschiedlicher Intensität ernst genommen und erfüllt. Es ist deswegen präziser,

²⁹¹ Vgl. die Tabelle von *Schäfer*, in: Igl/Welti, Private Krankenversicherung, S. 185. Vgl. auch die Tabelle von *Henke*, in: Schmähl, Zur Rolle des Versicherungsprinzips in der gesetzlichen Krankenversicherung, S. 59. Die Tabellen waren eine Grundlage für die hier vorgestellten Überlegungen. Siehe auch *Queisser*, in: Scheil-Adlung, Privatisierung: Auf dem Weg zu einer individuelleren Wahl des Sozialschutzes, S. 47.

²⁹² *Queisser*, in: Scheil-Adlung, Privatisierung: Auf dem Weg zu einer individuelleren Wahl des Sozialschutzes, S. 49 f.

²⁹³ *Neubauer*, in: Behrens/Braun/Morone/Stone, Staatlicher Interventionismus versus wettbewerbliche Selbststeuerung, S. 90.

²⁹⁴ *Henke*, in: Schmähl, Zur Rolle des Versicherungsprinzips in der gesetzlichen Krankenversicherung, S. 57.

die Privatwirtschaft als Produktgestalter für die PKV zu bezeichnen.²⁹⁵ In dieser Privatwirtschaft ist der Einfluss des Individuums begrenzt. Den Wünschen und dem Bedarf des Einzelnen wird entsprochen, wenn er entweder Durchsetzungskraft oder als Finanzierungsquelle Bedeutung hat. Sowohl in der öffentlichen Bürokratie als auch in der Privatwirtschaft sind die Individuen in ein System eingegliedert, das sie oft nicht beeinflussen können. Im Markt übernimmt der Staat die Rolle der Regulierung und der Aufsicht. Er soll eingreifen, wenn gegen die Spielregeln, welche im Regulierungs- und Aufsichtsrahmen festgelegt sind, verstoßen wird.²⁹⁶

Um die PKV zu verstehen, genügt aber nicht die abstrakte Typologie. Der oben beschriebene Kontext soll auch im Zusammenhang mit der Entstehung der PKV in den jeweiligen Ländern dargestellt werden. Dies ist ein notwendiger Schritt, um Abgrenzung und Verhältnis zur öffentlichen Absicherung zu untersuchen.

II. Entstehung der privaten Krankenversicherung in Deutschland

Das deutsche Krankenversicherungssystem gliedert sich in die GKV und die PKV. Es ist ein System, das sich über mehrere Jahrhunderte entwickelt hat. Die PKV und die GKV haben einen gemeinsamen Ursprung in den Selbsthilfeeinrichtungen des Handwerks, des Handels und des Bergbaus. Für die neue Schicht der Industriearbeiter kamen die staatlich veranlassten Zwangskassen und die frei gegründeten Hilfskassen im 19. Jahrhundert. Diese freien Hilfskassen waren gewerkschaftsähnliche Zusammenschlüsse.²⁹⁷

Bis in die zweite Hälfte des 19. Jahrhundert war eine exakte Trennung zwischen den zwei Formen der Absicherung schwierig. Erst trug die Privatinitiative die Krankenversicherung am Anfang des 19. Jahrhunderts. Bald ist es aber zu staatlichen Maßnahmen gekommen, die im Jahre 1876 zum Hilfskassengesetz führten und ihren

²⁹⁵ Vgl. die Tabelle von *Schäfer*, in: Igl/Welti, Private Krankenversicherung, S. 185. Die Tabelle war eine Grundlage für die hier vorgestellten Überlegungen. Ebenso die Tabelle von *Henke*, in: Schmähl, Zur Rolle des Versicherungsprinzips in der gesetzlichen Krankenversicherung, S. 59.

²⁹⁶ Dass der Staat bei der Einführung von marktwirtschaftlichen Elementen in der sozialen Sicherheit die zusätzliche Rolle der Aufsicht und Regulierung der Erbringer auf dem Markt übernehmen muss, heißt auch, dass er diese Tätigkeit in der Privatwirtschaft stets ausüben muss. Regulierung und Aufsicht ist in der Privatwirtschaft ständig präsent. Dazu vgl. *Queisser*, in: Scheil-Adlung, Privatisierung: Auf dem Weg zu einer individuelleren Wahl des Sozialschutzes, S. 52, 56.

²⁹⁷ *Bach/Moser*, Private Krankenversicherung, S. 50; vgl. *Wagner-Braun*, Zur Bedeutung berufsständischer Krankenkassen innerhalb der privaten Krankenversicherung in Deutschland, S. 315 f.

Höhepunkt im Krankenversicherungsgesetz des Jahres 1883 erreichten.²⁹⁸ Das Gesetz von 1876 schaffte die ersten Regularien für die Krankenversicherung und unterstellte die eingeschriebenen Hilfskassen staatlicher Aufsicht. Durch das Gesetz von 1883 wurde ein allgemeiner Versicherungszwang für bestimmte Gruppen von Arbeitern eingeführt. Die Durchführung der eingeführten Pflichtkrankenversicherung hatten die neugeschaffenen Betriebs-, Bau- und Ortskrankenkassen und außerdem die schon vorhandenen Innungs- und Knappschaftskrankenkassen zu übernehmen.²⁹⁹ Das Ende des 19. Jahrhunderts wird als Zeitpunkt genannt, zu dem zum ersten Mal Unternehmen für nicht gesetzlich Versicherte eine Krankenversicherung durch private Verträge bereitstellten.³⁰⁰ Vor dem Hilfskassengesetz gab es eine Konzessionspflicht durch den Staat. Eine solche Pflicht ist erneut mit dem Versicherungsaufsichtsgesetz des Jahres 1901 eingeführt worden, damals mit einer materiellen Aufsicht³⁰¹ durch das neu errichtete Kaiserliche Aufsichtsamt für Privatversicherung. Der Ausdruck „Private Krankenversicherung“ findet zum ersten Mal Anwendung im Jahr 1903, um eine klare Abgrenzung gegenüber der GKV zu schaffen.³⁰²

Am 19.7.1911 fasste die Reichsversicherungsordnung (RVO) das gesamte Sozialversicherungsrecht zusammen, bezeichnete einen Teil der Hilfskassen als Ersatzkassen und wies sie zugleich der Trägerschaft der reichsgesetzlichen Krankenversicherung zu. Am 20.12.1911 wurde das Gesetz über die Aufhebung des Hilfskassengesetzes erlassen. Dieses Gesetz unterwarf die bisherigen eingeschriebenen Hilfskassen als „kleinere Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit“ dem Gesetz über die privaten Versicherungsunternehmen. Nach dieser Entwicklung gründeten die zu „Ersatzkassen“ gewordenen Hilfskassen Krankenunterstützungsvereine. Diese waren der Ursprung der aktuellen Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit. Zu dieser Zeit entwickelte sich auch die rein geschäftsmäßige Krankenversicherung. Die ersten Krankenversicherungsaktiengesellschaften wurden vor dem Ersten Weltkrieg gegründet. Die zwei Formen der Träger der PKV folgten unterschiedlichen Herangehensweisen: Die Vereine wurden als genossenschaftliche Unterstützungsleistung gesehen, auf die kein Rechtsanspruch

²⁹⁸ Vgl. *Wagner-Braun*, Zur Bedeutung berufsständischer Krankenkassen innerhalb der privaten Krankenversicherung in Deutschland, S. 315 f.

²⁹⁹ *Bach/Moser*, Private Krankenversicherung, S. 50 f.

³⁰⁰ *Bannenberg*, in: Nagel, Gesetzliche Krankenversicherung, S. 113.

³⁰¹ Vgl. *Wagner-Braun*, Zur Bedeutung berufsständischer Krankenkassen innerhalb der privaten Krankenversicherung in Deutschland, S. 315 f.

³⁰² *Bannenberg*, in: Nagel, Gesetzliche Krankenversicherung, S. 113; *Bach/Moser*, Private Krankenversicherung, S. 52.

bestand; die Aktiengesellschaften hingegen beinhalteten einen solchen Rechtsanspruch aus der Vertragsleistung.³⁰³

Nach dem Ersten Weltkrieg erfuhr die PKV ein schnelles Wachstum. Diesem folgte eine Krise. Die Krankheitskostenversicherungen wurden mit ungenügenden statistischen Unterlagen und mit wenig medizinischer Erfahrung betrieben. Der starke Wettbewerb hinderte zu dieser Zeit die richtige Kalkulation der Prämien. Einige Unternehmen stabilisierten sich durch Leistungs-Höchstbegrenzungen, Versicherungsvereine erhoben Nachschüsse. Hier ist hervorzuheben, dass die Aufsichtsbehörde anfangs, in die Tarifgestaltung einzugreifen. Auch wird berichtet, dass die PKV sich aus ihrer eigenen Krise und der Depression um 1930 letztlich selbst gerettet habe. Die eingesetzte Strategie sei die einer Konzentration gewesen. Gemeint sind damit Fusionen, Kapitalverflechtungen und Organisationsabkommen, aber andererseits auch die Zusammenarbeit durch den 1926 gegründeten PKV-Verband.³⁰⁴

Das Kostenerstattungsprinzip entwickelte sich wie folgt: Die eingeführten gesetzlichen Krankenkassen erbrachten Naturalleistungen, während die privaten Krankenkassen normalerweise eine Tagegeldversicherung anboten. Nach dem Anfang des 20. Jahrhunderts bewirkten der medizinische Fortschritt und die weitgehende Verarmung des Mittelstandes durch die Hyperinflation, dass die Krankheitskostenversicherung immer mehr Verbreitung fand. Die Prämien wurden als Folge dieser Entwicklung im Voraus festgelegt. Dieses neue Geschäftsfeld war aber zu Beginn der 1920er noch sehr riskant.³⁰⁵ In der Zeit zwischen den Weltkriegen festigte sich die versicherungsmathematische Grundlage in der PKV stetig.³⁰⁶

Im Jahre 1935 wurden die versicherungsfremden Mitglieder aus den Ersatzkassen ausgeschieden. Diese wurden infolgedessen praktisch der PKV zugewiesen. Die Reaktion war die Bildung von Arbeitsgemeinschaften mit Krankenversicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit oder die Gründung neuer Versicherungsvereine. Als Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit standen die Ersatzkassen seit 1911 unter der Aufsicht des Reichsaufsichtsamtes für Privatversicherung. Durch Gesetz wurde diese Zuständigkeit aufgelöst und ab 1937 sind sie zu Körperschaften des öffentlichen Rechts geworden.³⁰⁷

Die Währungsreform von 1948 stellte für die PKV eine große Belastung dar. Trotzdem ist sie wieder liquide geworden und stellte die dauernde Erfüllung der Verträge

³⁰³ *Bach/Moser*, Private Krankenversicherung, S. 51 ff.

³⁰⁴ *Ebd.*, S. 52.

³⁰⁵ Vgl. *Wagner-Braun*, Zur Bedeutung berufsständischer Krankenkassen innerhalb der privaten Krankenversicherung in Deutschland, S. 316 f.

³⁰⁶ *Bach/Moser*, Private Krankenversicherung, S. 53.

³⁰⁷ *Ebd.*, S. 52 f.

sicher, da sie monatliche Beiträge erhob und Ausgleichsforderungen gegen den Staat anerkannt wurden. Infolgedessen konnten sie eine unmittelbar danach stattfindende erste Kostenexplosion im Gesundheitswesen überstehen. Aufgrund der Erfahrungen verbesserten sie ständig die versicherungstechnischen Instrumente zur Erfüllung der Verträge.³⁰⁸

Nach dem Zweiten Weltkrieg ist eine ständige Ausdehnung der Pflichtversicherung der GKV zu beobachten. Dies bedeutet Mitgliederverlust und eine Begrenzung des Personenkreises für die PKV, anders gesagt eine Begrenzung der möglichen neuen Versicherten, der möglichen neuen Kunden.³⁰⁹ Das wird als Konkurrenzkampf bezeichnet und die PKV als in die Defensive gedrängt dargestellt. Die PKV entwickelte selbst Ende der sechziger Jahre durch die Schaffung von Musterbedingungen ein gesetzähnliches Vertragsrecht, während der Gesetzgeber insoweit untätig war. Im Jahre 1970 fand eine Öffnung der GKV für die besser verdienenden Angestellten statt. Der freiwillige Beitritt von nichtversicherungspflichtigen Angestellten wurde temporär ermöglicht. Für Berufsanfänger, die mehr als die Krankenversicherungspflichtgrenze verdienen, wurde diese Möglichkeit dauerhaft eingeräumt. Es wird berichtet, dass die PKV sich im Kampf um Versicherte nicht auf die Zusatzversicherung zur GKV beschränken ließ. Sie wurde gesetzlich als Befreiungsversicherung zur GKV anerkannt.³¹⁰

Eine am Anfang der siebziger Jahre stattfindende zweite Kostenexplosion im Gesundheitswesen wirkte unterschiedlich auf die PKV und auf die GKV. Die PKV erfuhr einen Kostenanstieg, sie wurde aber durch die in der Zeit stattfindende demographische Veränderung geschützt; dies infolge ihrer versicherungsmathematischen Grundlage und der sich daraus ergebenden Rückstellungen.³¹¹

³⁰⁸ Ebd., S. 53 f.

³⁰⁹ *Bannenberg*, in: Nagel, Gesetzliche Krankenversicherung, S. 113.

³¹⁰ *Bach/Moser*, Private Krankenversicherung, S. 54 f.

³¹¹ Ebd., S. 55.

III. Entstehung der privaten Krankenversicherung in Brasilien

Die Entstehung des privaten Gesundheitswesens in Brasilien, bzw. der brasilianischen PKV³¹², fand zwischen den Jahren 1940 und 1950 statt. Das war auch die Zeit der Industrialisierung Brasiliens, als große Unternehmen zum ersten Mal im Land tätig wurden. Sowohl die private als auch die öffentliche Gesundheitssicherung waren aber mit einem Arbeitsverhältnis verbunden. Die PKV wurde durch besonderes Gesetz erst 1998 reguliert und zwar durch den Erlass des Gesetzes 9.656.³¹³

Die Entstehung der Hilfskasse der Mitarbeiter der Brasilianischen Bank wird auf das Jahr 1940 datiert.³¹⁴ Später wurden medizinische Dienstleistungen mit eingeschlossen.³¹⁵ Die gewählte Gestaltung entspricht heute derjenigen der eigenständigen Verwaltung für Unternehmen.³¹⁶ Ab 1960 wurden medizinische Unternehmen³¹⁷ errichtet. Sie boten Gruppenversicherungen für private und staatliche Unternehmen an. Individual- und Familienversicherungen wurden den Verbrauchern erst ab 1980 direkt angeboten. Diese medizinischen Unternehmen schlossen Vereinbarungen unmittelbar mit den Leistungserbringern. Diese Form der PKV besteht aktuell noch und die Leistungserbringung ist sowohl durch eigene Dienste als auch durch Vereinbarungen mit den Leistungserbringern gewährleistet. In dieser Erscheinungsform bezahlt der Versicherer die Leistungserbringer direkt.³¹⁸ In gleicher Weise entwickelten sich ab 1960 medizinische Genossenschaften.³¹⁹ In dieser Ausgestaltung waren die Ärzte und andere Leistungserbringer Geschäftspartner und die Vergütung schloss eine Verteilung des Ertrages ein. Am Anfang boten sie Unternehmen Gruppenversicherungen an. Sie waren aber die ersten, die auch eine Individual- und Familienversicherung ab etwa den 1970er Jahren zur Verfügung stellten. Wegen der Konkurrenz trafen diese Genossenschaften Vereinbarungen mit anderen Leistungserbringern,

³¹² Eine Begründung der Auswahl der Begriffe findet sich im Unterkapitel „D.V. Ausprägungen der privaten Krankenversicherung in Brasilien“.

³¹³ *Figueiredo*, Curso de Direito de Saúde Suplementar, S. 7, S. 113 f.

³¹⁴ Auf Portugiesisch “Caixa de Assistencia dos Funcionários do Banco do Brasil (Cassi). *Mendes*, Curso de Direito da Saúde, S. 500.

³¹⁵ *Figueiredo*, Curso de Direito de Saúde Suplementar, S. 114.

³¹⁶ *Mendes*, Curso de Direito da Saúde, S. 500. “Eigenständige Verwaltung für Unternehmen“ auf Portugiesisch „autogestão“. Die Übersetzung aus dem Portugiesischen für „autogestão“ als “Eigenständige Verwaltung für Unternehmen“ gibt die Hauptmerkmale dieser Gestaltung wieder. Sie gehört zum privaten Gesundheitswesen und wird, unter anderem, für Unternehmen zugunsten ihrer Mitarbeiter angeboten; näher dazu vgl. unten. Eine Übersetzung etwa als „Selbstverwaltung“ könnte verwirren, weil damit eines der Grundprinzipien des deutschen öffentlichen Gesundheitswesens bezeichnet wird.

³¹⁷ Auf Portugiesisch “medicina de grupo”.

³¹⁸ Vgl. *Figueiredo*, Curso de Direito de Saúde Suplementar, S. 115.

³¹⁹ Auf Portugiesisch “cooperativas médicas”.

um das Dienstnetz zu erweitern.³²⁰ Es wird vertreten, dass diese zwei Formen trotz der unterschiedlichen Gesetze, die sie regulieren, und der unterschiedlichen Terminologie in der Praxis eine ähnliche Funktionsweise hätten.³²¹

Einzelne Unternehmen richteten auch eigene Gesundheitsprogramme, bzw. Absicherung gegen Krankheit, für ihre Arbeiter und deren Familienangehörige ein. Sie wurden entweder durch Dritte oder direkt durch das Unternehmen (durch die Personalabteilung, eigene Hilfskasse oder Stiftung) verwaltet. Das wird als eigenständige Verwaltung für Unternehmen bezeichnet. Der Versicherungsschutz besteht aufgrund des Arbeitsverhältnisses und ist auf die Arbeiter und deren Familienangehörige beschränkt. Die einzelnen Unternehmen bestimmen den entsprechenden Versicherungsschutz allein. Die Leistungserbringung ist entweder mittels direkter Vereinbarungen mit den Leistungserbringern gestaltet oder die Versicherten haben eine freie Auswahl und einen Anspruch auf Erstattung.³²²

Die Erklärung für die Entwicklung der 1960er Jahre scheint folgende zu sein: Große Unternehmen erwarben private Absicherungen von medizinischen Unternehmen, weil sie von Beiträgen für die soziale Vorsorge befreit wurden. Die Befreiung erklärt sich dadurch, dass die Mitarbeiter dieser Unternehmen die medizinischen Leistungen der sozialen Vorsorge nicht in Anspruch nehmen.³²³

In dieser Entwicklung waren die typischen privaten Krankenversicherungen die letzten, die Gestalt annahmen. Sie entwickelten sich zwischen 1970 und 1980.³²⁴ Charakteristisch ist, dass der Versicherer Leistungen nicht selbst erbringt. Er deckt aber den finanziellen Bedarf, wenn eine medizinische Behandlung notwendig ist. Es ist sowohl Individual- als auch Gruppenversicherung möglich. Es gibt sowohl die Möglichkeit einer direkten Bezahlung an den Leistungserbringer als auch einer Erstattung der Kosten an den Versicherten.³²⁵

Alle diese Formen basierten auf dem Prinzip der Vorauszahlung für die Deckung im Fall von Krankheit. Für die eigenständige Verwaltung für Unternehmen fehlt es an

³²⁰ Vgl. *Figueiredo*, Curso de Direito de Saúde Suplementar, S. 115 f.

³²¹ *Mendes*, Curso de Direito da Saúde, S. 500.

³²² Vgl. *Figueiredo*, Curso de Direito de Saúde Suplementar, S. 116 f. Diese Form der privaten Absicherung gab es schon in dieser Entstehungsphase. Ab etwa 1960 wurde sie von vielen staatlichen und großen transnationalen Unternehmen aufrechterhalten. In Brasilien wird diese Branche als „autogestão“ bezeichnet. Näher zur Übersetzung als „eigenständige Verwaltung für Unternehmen“ vgl. Fn. 316.

³²³ Vgl. *Mendes*, Curso de Direito da Saúde, S. 500.

³²⁴ Ebd., S. 500.

³²⁵ Vgl. *Figueiredo*, Curso de Direito de Saúde Suplementar, S. 117. In Brasilien wird diese Branche als „seguro-saúde“ bezeichnet. Diese Gestaltung darf man wörtlich als „Krankenversicherung“ übersetzen, aber „private Krankenversicherung“ dürfte die Bedeutung besser treffen.

Informationen, um zu sagen, ob sie einen Versicherungsvertrag als Grundlage hatten. Für die anderen Formen war der Versicherungsvertrag ein Bestandteil.³²⁶

Die PKV übte in Brasilien mehr als 30 Jahre ohne staatliche Aufsicht ihre Tätigkeit aus. Anfang der 1990er Jahre wurde ein Gesetzesentwurf für die Regulierung des Sektors vorgelegt. Es wird darauf hingewiesen, dass 1994 beachtliche Fortschritte stattgefunden hätten. Die Regulierung der PKV kam im Juni 1998 mit dem Gesetz 9.656 zustande. Anschließend wurde eine Vielzahl von *vorläufigen Gesetzen*³²⁷ erlassen. Die Gründung der Aufsichtsbehörde für die PKV, der ANS,³²⁸ im April 2000 verstärkte die Regulierung.³²⁹

Am Tag, nachdem das Gesetz ausgefertigt wurde, wurde das erste *vorläufige Gesetz* präsentiert. Dieses änderte viele Bestimmungen des Gesetzes 9.656. Nach diesem vorläufigen Gesetz kam eine Vielzahl von weiteren vorläufigen Gesetzen zustande, und zwar alle 30 Tage, entweder um die Gültigkeit zu verlängern oder neue Bestimmungen hinzuzufügen, bis der Nationalkongress darüber abstimmte.³³⁰

Die Regulierung ist auf folgende Umstände zurückzuführen: Die rasche Entwicklung der PKV habe zu Auseinandersetzungen geführt. Die PKV habe um die 1980er Jahre herum etwa 15 Millionen Personen versichert, meistens durch Gruppenversicherung. Am Ende des Jahrzehnts sei ein enormer Markt erkannt worden, insbesondere da die Individualversicherung sich verbreitete. Während der 80er und 90er Jahre seien die öffentliche und die private Absicherung gegen Krankheit angewachsen. Das Wachstum der PKV wurde dadurch erklärt, dass in dieser Zeit zunehmend ein Versicherungsschutz mit niedrigen Preisen angeboten worden sei. Die niedrigen Preise seien möglich gewesen, da es kaum teure Apparate einer Mindestabdeckung für komplexe Behandlungen gab. Die private Versicherung hätte sich innerhalb der mittleren und ärmeren Schichten der Bevölkerung verbreitet, wobei außerdem kleine Netze von Dienstleistern entstanden seien, die sowohl für das private als auch für das öffentliche Gesundheitswesen Leistungen erbrachten. Ein Beispiel sei ein Krankenhaus, das sowohl eine Vereinbarung mit dem SUS als auch mit privaten Versicherern hatte und anfang,

³²⁶ Vgl. Mendes, Curso de Direito da Saúde, S. 500, vgl. Figueiredo, Curso de Direito de Saúde Suplementar, S. 115 ff.

³²⁷ Auf Portugiesisch „medida provisória“. Eine wörtliche Übersetzung wäre „vorläufige Maßnahme“ oder „vorläufige Verfügung“. Nach Artikel 62 CF darf der Präsident „vorläufige Maßnahmen“, die mit Gesetzeskraft wirken, wenn dies notwendig und dringend geboten ist. Der nationale Kongress muss später darüber abstimmen. Die Übersetzung als „vorläufiges Gesetz“ fasst diese Umstände zusammen.

³²⁸ „ANS“ auf Portugiesisch „Agência Nacional de Saúde Suplementar“. Die ANS ist die Aufsichtsbehörde für die PKV, sie ist in das Gesundheitsministerium eingebunden und hat die Kompetenz, den Sektor zu regulieren. Vgl. Agência Nacional de Saúde Suplementar(ANS), abrufbar unter: <www.ans.gov.br/aans/quem-somos>, Zugriff am 25. 05. 2016.

³²⁹ Figueiredo, Curso de Direito de Saúde Suplementar, S. 120; Mendes, Curso de Direito da Saúde, S. 502, 505.

³³⁰ Mendes, Curso de Direito da Saúde, S. 506.

einen eigenen begrenzten Versicherungsschutz samt Dienstleistungen anzubieten. Zudem hat Brasilien 1994 eine Währungsreform umgesetzt. Das habe zur Erhöhung der Kaufkraft geführt. Auch die Informalität des Sektors habe zu diesem Sachverhalt beigetragen. Zu dieser Zeit hätte es keine besonderen Regelungen gegeben.³³¹

Die brasilianische Verfassung von 1988 änderte das öffentliche Gesundheitssystem mit dem Ziel, die Ungleichheiten zu beseitigen, das Land war zu dieser Zeit aber in einer neoliberalen Phase. Die öffentlichen Dienste waren veraltet,³³² als die Verfassung beschlossen wurde. Die PKV war dagegen in voller Entwicklung.³³³ In dieser Zeit spitzten sich zugleich Konflikte zwischen den beteiligten Akteuren zu. Die Versicherten beschwerten sich über die Begrenzungen in der Deckung des Versicherungsschutzes und die Erhöhungen der Preise, die auch in Zeiten der wirtschaftlichen Stabilisierung stattfanden. Durch Interessenverbände wurden die Beschwerden der Versicherten in den Medien und in der Justiz artikuliert.³³⁴

Unter diesen Umständen ist die staatliche Regulierung und Aufsicht entstanden. Eine Kombination von Faktoren führte zum unkontrollierten Wachstum der PKV. Die Informalität einerseits und die Verbesserung der wirtschaftlichen Lage andererseits trugen dazu bei. Weitere Faktoren waren nicht nur die Defizite des öffentlichen Gesundheitswesens, sondern auch die Widersprüche zwischen einer Gesundheitspolitik, die Ungleichheiten beseitigen will, und einer Wirtschaftspolitik, die sich neoliberal orientiert und potenziell Ungleichheiten fördert.

In vergleichender Perspektive lässt sich festhalten, dass die deutsche PKV sich seit mehreren Jahrhunderten entwickelt, während sich die brasilianische erst seit einigen Jahrzehnten entfaltet. Zu Beginn der 1920er war das versicherungstechnische Instrumentarium für die Krankenversicherung in Deutschland noch nicht genug entwickelt, zwischen den Weltkriegen festigte es sich aber. In der Zeit ab 1948 wurde dieses Instrumentarium verfeinert. Ab 1940 entstand die brasilianische PKV. Dennoch scheint sich als Ähnlichkeit zu erweisen, dass zuerst Lösungen in der Gesellschaft mehr oder weniger frei stattfanden und sich entfalteten. Erst danach kommen die staatlichen Versuche, Defizite auszugleichen. Die staatlichen Lösungen beschränken die Vielfalt der gesellschaftlichen Gestaltung des Sektors Gesundheit, alte Strukturen bleiben aber bestehen und beeinflussen die staatlichen Maßnahmen. Es hat sich einerseits gezeigt, dass der Prozess der Entwicklung

³³¹ *Figueiredo*, Curso de Direito de Saúde Suplementar, S. 118 ff.

³³² Ausnahme hier sei nur die hohe Komplexitätsstufe der Versorgung.

³³³ *Mendes*, Curso de Direito da Saúde, S. 501.

³³⁴ Ebd., S. 502.

Gemeinsamkeiten haben kann, andererseits aber auch, dass die privaten Krankenversicherungen unterschiedliche Kontexte haben.

IV. Ausprägungen der privaten Krankenversicherung in Deutschland

1. Krankheitskostenvollversicherung bzw. substitutive Krankenversicherungen vs. ergänzende Zusatzversicherungen

Private Krankenversicherungen werden entweder als Krankheitskostenvollversicherungen oder als ergänzende Zusatzversicherungen angeboten. Die Krankheitskostenvollversicherungen ersetzen den Versicherungsschutz der GKV und werden infolgedessen als *substitutive Krankenversicherung* bezeichnet. Nur Personen, die in der GKV nicht versicherungspflichtig sind, dürfen diesem Typus in Anspruch nehmen. Die privaten Zusatzversicherungen ergänzen oder erweitern die Deckung der gesetzlichen oder der privaten Krankheitskostenvollversicherung. Solche Zusatzversicherungen können auch Versicherte der GKV abschließen.³³⁵ Für die *nicht-substitutive Krankenversicherung*, die nach Art der Lebensversicherung betrieben wird, sind einzelne besondere Vorschriften der *substitutiven Krankenversicherung* anzuwenden.³³⁶

2. Rechtsformen

Es gibt drei Rechtsformen der Versicherungsunternehmen: Aktiengesellschaften, Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit und Körperschaften bzw. Anstalten des öffentlichen Rechts. Die zwei ersten Formen trifft man in der PKV in Deutschland an.³³⁷

Die aktuellen Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit entsprechen wenig dem Genossenschaftsgedanken der Hilfskassen des 19. Jahrhunderts. Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit betreiben eigene PKV-Aktiengesellschaften als Tochtergesellschaften. Sie unterliegen im Versicherungsgeschäft den gleichen Rechtsvorschriften wie eine Aktiengesellschaft und berechnen risikoäquivalente Prämien. Sie bilden Alterungsrückstellungen, die sie auf den Kapitalmarkt anlegen. Unterschiede bestehen

³³⁵ Simon, Das Gesundheitssystem in Deutschland, S. 219.

³³⁶ § 147 VAG, Versicherungsaufsichtsgesetz vom 01. 04. 2015 (BGBl. I S. 434), das zuletzt durch Artikel 13 des Gesetzes vom 10. 05. 2016 (BGBl. I S. 1142) geändert worden ist; dazu noch Wandt, Versicherungsrecht, Rn. 1293 ff.

³³⁷ § 8 Abs. 2 VAG.

zwischen beiden Formen aber immer noch. Die Aktiengesellschaft wird im Auftrag der Aktionäre geleitet, an die die Gewinne verteilt werden. Der Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit hat, ähnlich wie in der GKV, eine Mitgliederversammlung. Die Überschüsse werden für eine Rücklage bestimmt bzw. durch Prämiensenkungen auf die Mitglieder übertragen.³³⁸

3. Summenversicherung und Schadensversicherung

Die Krankenversicherung ist entweder Summenversicherung oder Schadensversicherung. Die Krankheitskostenversicherung wird als eine Schadensversicherung klassifiziert. Für die Höhe der Versicherungsleistung maßgebend ist der konkrete Bedarf, den eine Krankheit verursacht. Die Krankenhaustagegeldversicherung ist dagegen eine Summenversicherung. Der Versicherer leistet eine fest vereinbarte Summe und dies unabhängig von den Kosten, die wirklich entstehen.³³⁹ Auch die Krankentagegeldversicherung ist nach herrschender Meinung eine Summenversicherung. Der Verdienstausfall, der infolge einer Krankheit entsteht, wird durch das „vereinbarte“ Krankengeld ersetzt. Die Versicherungsleistung ist nicht an den konkreten Einkommensverlust gebunden.³⁴⁰

4. Normaltarif

Der Normaltarif ist der wichtigste Tarif der Krankheitskostenvollversicherung. Dieser Tarif beinhaltet oft auch eine Krankenhaustagegeld- bzw. Krankentagegeldversicherung. Eine enorme Produktvielfalt von preiswerten Einsteigertarifen bis hin zu den Komforttarifen ist hier charakteristisch. In der Krankheitskostenvollversicherung existieren noch die Kinder-, Jugend- und Ausbildungstarife, der Notlagentarif sowie der Standard- und Basistarif.³⁴¹ Der Notlagentarif und der Standard- und Basistarif werden im Folgenden behandelt, da sie für die Erläuterung des Verhältnisses und der Grenzziehung zwischen der PKV und der GKV in Deutschland entscheidend sind.

³³⁸ Simon, Das Gesundheitssystem in Deutschland, S. 221.

³³⁹ Vgl. Wandt, Versicherungsrecht, Rn. 7, Rn. 1288 ff.

³⁴⁰ Vgl. BGH, Urteil vom 04. Juli 2001 – IV ZR 307/00 –, juris Rn. 18 ff.

³⁴¹ Schäfer, in: Igl/Welti, Private Krankenversicherung, Rn. 712a ff.

5. Standardtarif

Das Gesundheitsstrukturgesetz (GSG) von 1993 verpflichtete die PKV-Unternehmen, einen branchenweiten Standardtarif anzubieten.³⁴² Die Prämien sind günstiger als im Normaltarif. Das wird durch die reduzierten Gebührensätze der Leistungserbringer (§ 75 Abs. 3a SGB V) ermöglicht, zudem noch durch die Reduzierung des Leistungsumfanges auf das Niveau GKV-Systems.³⁴³ Ziel dieser Maßnahme ist, eine starke Belastung der Versicherten infolge steigender Prämien zu vermeiden, insbesondere älterer Versicherter im Normaltarif, die nicht in die GKV wechseln dürfen.³⁴⁴ Diese Möglichkeit ist auch für Personen gedacht, die aufgrund von Vorerkrankungen nicht oder zu ungünstigen Konditionen Versicherungsschutz erhielten.³⁴⁵

Die Prämie pro Versichertem darf den GKV-Höchstbeitrag nicht übersteigen. Für Ehegatten oder Lebenspartner kann die gemeinsame Prämie bis 150 % des GKV-Höchstbeitrages betragen. Die Berücksichtigung von Eintrittsalter und Geschlecht³⁴⁶ ist zulässig, eine neue Gesundheitsprüfung und Leistungsausschluss dagegen sind nicht gestattet. Das Äquivalenzprinzip bleibt infolgedessen teilweise aufrechterhalten. Dafür sind die entsprechenden PKV-Unternehmen verpflichtet, an einem System für den finanziellen Ausgleich teilzunehmen.³⁴⁷ Dieses zielt auf eine gleichmäßige Belastung der Unternehmen.³⁴⁸

6. Notlagentarif

Durch die mit dem GKV-WSG von 2007 eingeführten Regelungen bezüglich Zahlungsverzugs versuchte der Gesetzgeber, die Versicherten von einer Gesundheitsgefährdung zu bewahren. Er musste infolgedessen vom Äquivalenzprinzip abweichen. Es wird berichtet, dass ein Bestand an 145.000 Nichtzahlern mit einem

³⁴² Simon, Das Gesundheitssystem in Deutschland, S. 252.

³⁴³ Schäfer, in: Igl/Welti, Private Krankenversicherung, Rn. 744.

³⁴⁴ Simon, Das Gesundheitssystem in Deutschland, S. 252. Schäfer, in: Igl/Welti, Private Krankenversicherung, Rn. 744.

³⁴⁵ Simon, Das Gesundheitssystem in Deutschland, S. 252.

³⁴⁶ Zur Entscheidung des EuGH bezüglich einer Differenzierung des Krankenversicherungsbeitrags nach Geschlecht siehe Fn. 386.

³⁴⁷ Schäfer, in: Igl/Welti, Private Krankenversicherung, Rn. 745. § 314, Abs. 2 S. 1 SGB V.

³⁴⁸ § 314 Abs. 2 S. 1 SGB V.

Beitragsausfall von etwa 750 Millionen EUR entstanden sei. Dies führte zur Modifizierung der Regelung.³⁴⁹

§ 193 Abs. 6 VVG bestimmt die Voraussetzungen, unter denen der Zahlungsverzug Sanktionen auslöst. Als Rechtsfolge ruht der Vertrag.³⁵⁰ Ab dem ersten Monat des Rückstandes ist ein Säumniszuschlag von 1 % des Rückstandes zu entrichten.³⁵¹ Zudem gibt es noch einen Anspruch auf die Betreuungskosten.³⁵²

Ruht der Vertrag, richten sich die Prämie und die Versicherungsleistung nach dem kraft Gesetzes vorhandenen Notlagentarif.³⁵³ Die Prämie wird einheitlich für alle im Notlagentarif Versicherten berechnet.³⁵⁴ Risikozuschläge, Leistungsausschlüsse und Selbstbehalte entfallen während des Ruhens,³⁵⁵ bis zu 25 % der monatlichen Prämien werden durch eine vorhandene Alterungsrückstellung geleistet.³⁵⁶ Die Leistungserbringung zu gewährleisten, ist eine Verantwortung der Kassenärztlichen Vereinigungen und der Kassenärztlichen Bundesvereinigungen, wobei reduzierte Gebührensätze vorgesehen sind.³⁵⁷ Der Verband der PKV darf mit den Kassenärztlichen Vereinigungen oder den Kassenärztlichen Bundesvereinigungen Abweichendes vereinbaren.³⁵⁸ Die Kassenärztlichen Bundesvereinigungen und der Verband der PKV bilden eine Schiedsstelle.³⁵⁹ Sie entscheidet, wenn es keine Einigung gibt.³⁶⁰

Das Leistungsniveau ist eingeschränkt. Die Erstattungspflicht beschränkt sich hier auf ausreichende, zweckmäßige und wirtschaftliche Leistungen.³⁶¹ Diese drei Prinzipien kommen aus der GKV.³⁶² Der Leistungsumfang entspricht infolgedessen dem der GKV.³⁶³ Bei Erwachsenen sind z.B. nur die Kosten zur Behandlung von akuten Erkrankungen und Schmerzzuständen, sowie Leistungen bei Schwangerschaft und Mutterschaft gedeckt.³⁶⁴ Das

³⁴⁹ Schäfer, in: Igl/Welti, Private Krankenversicherung, Rn. 706.

³⁵⁰ § 193 Abs. 6 S. 4 VVG.

³⁵¹ § 193 Abs. 6 S. 2 VVG.

³⁵² § 193 Abs. 9 S. 1 VVG.

³⁵³ § 193 Abs. 7 S. 1 VVG, § 153 VAG.

³⁵⁴ § 153 Abs. 2 S. 1 VAG.

³⁵⁵ § 193 Abs. 7 S. 2 VVG.

³⁵⁶ § 153 Abs. 2 S. 6 VAG.

³⁵⁷ § 75 Abs. 3a S. 1 und 2 SGB V, außerdem Schäfer, in: Igl/Welti, Private Krankenversicherung, Rn. 709.

³⁵⁸ Zusammengefasst aus § 75 Abs. 3b S. 1 SGB V.

³⁵⁹ § 75 Abs. 3c S. 1 SGB V.

³⁶⁰ § 75 Abs. 3b S. 3 SGB V.

³⁶¹ § 1 Abs. 1 S. 2 AVB/NLT 2013. Verband der Privaten Krankenversicherung, Allgemeine Versicherungsbedingungen für den Notlagentarif 2013 (AVB/NLT 2013), abrufbar unter: <<https://www.pkv.de/service/broschueren/musterbedingungen/avb-nlt-2013.pdb.pdf>>, Zugriff am 02. 06. 2016.

³⁶² § 12 Abs. 1 S. 1 SGB V.

³⁶³ Vgl. Schäfer, in: Igl/Welti, Private Krankenversicherung, Rn. 709a.

³⁶⁴ § 153 Abs. 1 S. 2 VAG.

Versicherungsaufsichtsgesetz sieht für Kinder und Jugendliche die Deckung der Aufwendungen für Vorsorgeuntersuchungen zur Früherkennung von Krankheiten und für Schutzimpfungen vor.³⁶⁵ Die Allgemeinen Versicherungsbedingungen 2013 für den Notlagentarif sehen die Deckung bei Kindern und Jugendlichen für die medizinisch notwendige Heilbehandlung aufgrund von Krankheit oder Unfallfolgen vor.³⁶⁶

Der Leistungsumfang des Notlagentarifes kann den Umfang im Normaltarif übertreffen.³⁶⁷ Beispiele dafür sind, dass Risikozuschläge, Leistungsausschlüsse und Selbstbehalte für den Nichtzahler entfallen.³⁶⁸

Das Ruhen endet durch die Nachzahlung.³⁶⁹ In diesem Fall gilt wieder der vereinbarte Vertrag. Die verbrauchten Anteile der Alterungsrückstellungen sind aber verloren.³⁷⁰ Das Ruhen endet außerdem durch die Hilfebedürftigkeit nach SGB II und SGB XII.³⁷¹ Im Fall von Hilfebedürftigkeit deckt die Sozialleistung nicht immer die gesamte Prämie ab, infolgedessen trägt der Versicherer und damit das Versichertenkollektiv teilweise die Krankenversicherungskosten. Dies habe der Gesetzgeber übersehen. Das BSG minimiere die Lücke mit der Erhöhung der Sozialleistung, eine Analogie aus der freiwilligen Versicherung in der GKV.³⁷² Daraus erhalte man bis zu 50 % der maximalen Prämie im Basistarif.³⁷³

7. Basistarif

Versicherungsunternehmen, die die substitutive Krankenversicherung betreiben, müssen einen brancheneinheitlichen Basistarif anbieten.³⁷⁴ Er ist eine Neuerung der Gesundheitsreform von 2007 und löst weitgehend den Standardtarif als Sozialtarif ab. Der Basistarif dient auch als Auffangtarif für Neuversicherte mit hohem Risiko und ist dem GKV-System ähnlicher als der Standardtarif.³⁷⁵ Die Vertragsleistungen haben denen der GKV zu entsprechen.³⁷⁶ Der Beitrag

³⁶⁵ Vgl. § 153 Abs. 1 S. 3 VAG.

³⁶⁶ § 1 Abs. 2 S. 1 AVB/NLT 2013.

³⁶⁷ Dazu und für mehr Informationen vgl. Schäfer, in: Igl/Welti, Private Krankenversicherung, Rn. 709a.

³⁶⁸ § 193 Abs. 7 S. 2 VVG.

³⁶⁹ § 193 Abs. 9 S. 1 und S. 2 VVG.

³⁷⁰ Vgl. § 193 Abs. 9 S. 2 VVG.

³⁷¹ § 193 Abs. 6 S. 5 VVG.

³⁷² § 26 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB II; in Bezug auf die alte Fassung, die von 01. 04. 2012 bis 31. 12. 2015 gültig war. Die Fassung, die von 01. 01. 2016 bis 31. 12. 2016 gültig war, änderte dies nicht. Die neue Fassung des § 26 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 S. 1 Nr. 2 SGB II übernahm die Lösung des Bundessozialgerichtes.

³⁷³ Schäfer, in: Igl/Welti, Private Krankenversicherung, Rn. 711; BSG, Urteil vom 18. 01. 2011 – B 4 AS 108/10R. 4. Senat. BSGE 107, 217.

³⁷⁴ § 152 Abs. 1 S. 1 VAG.

³⁷⁵ Schäfer, in: Igl/Welti, Private Krankenversicherung, Rn. 746.

³⁷⁶ § 152 Abs. 1 S. 1 VAG.

darf den Höchstbeitrag der GKV nicht überschreiten³⁷⁷ und wird ohne die Versicherungsbetriebskosten einheitlich für alle Unternehmen errechnet.³⁷⁸ In Fällen von Hilfsbedürftigkeit wird der Beitrag auf die Hälfte reduziert.³⁷⁹ Der Versicherer kann aber verlangen, dass Zusatzversicherungen währenddessen ruhen.³⁸⁰

Es besteht ein Kontrahierungszwang gegenüber: a) den freiwillig in der GKV Versicherten innerhalb von sechs Monaten nach Einführung des Basistarifes und danach innerhalb von sechs Monaten nach Eintritt der Wechselmöglichkeit gemäß SGB V; b) allen Personen mit Wohnsitz in Deutschland, die nicht in der GKV versicherungspflichtig sind; c) den Beihilfeberechtigten, wenn sie ergänzenden Versicherungsschutz benötigen; d) allen neuen privat Versicherten nach dem 31. Dezember 2008. Für Verträge, die vor dem 1. Januar 2009 abgeschlossen wurden, wurde e) eine Wechselmöglichkeit bis zum 30. Juni 2009 eingeräumt.³⁸¹ Als Ausnahme zum Kontrahierungszwang sind nur zwei Fälle gesetzlich vorgesehen. Sie gelten nur, wenn der Antragssteller bei dem Versicherungsunternehmen schon versichert war und (1) der Vertrag damals wegen Drohung oder vorsätzlicher Täuschung angefochten oder (2) der Vertrag wegen einer bewussten Verletzung der vorvertraglichen Anzeigepflicht gekündigt wurde.³⁸²

Versicherer und Versicherungsnehmer haften den Leistungserbringern gesamtschuldnerisch und der Leistungserbringer darf seinen Leistungserstattungsanspruch direkt gegenüber dem Versicherer geltend machen.³⁸³ Das ist eine Abweichung vom Kostenerstattungsprinzip.³⁸⁴ Risikozuschläge oder Leistungsausschlüsse sind unzulässig. Der Versicherer darf eine Risikoprüfung nur aufgrund des Risikoausgleichsystems der PKV-Unternehmen oder eines späteren Tarifwechsels durchführen.³⁸⁵

Nach der AVB/BT 2009 wird die Höhe des Tarifbeitrags durch den Versicherungsumfang, das Geschlecht³⁸⁶ und das Eintrittsalter bestimmt.³⁸⁷ Die

³⁷⁷ § 152 Abs. 3 S. 1 VAG.

³⁷⁸ § 152 Abs. 5 VAG.

³⁷⁹ § 152 Abs. 4 S. 1 VAG.

³⁸⁰ § 193 Abs. 11 VVG.

³⁸¹ § 193 Abs. 5 S. 1 Nr. 1 bis 4 sowie § 193 Abs. 5 S. 2 VVG, § 152 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 bis 4 VAG, § 152 Abs. 2 S. 2 VAG und § 193 Abs. 5 S. 2 VVG scheinen in Widerspruch zueinander zu stehen.

³⁸² § 193 Abs. 5 S. 4 Nr. 1 und 2 VVG, § 152 Abs. 2 S. 4 Nr. 1 und 2 VAG.

³⁸³ § 192 Abs. 7 VVG.

³⁸⁴ Schäfer, in: Igl/Welti, Private Krankenversicherung, Rn. 751.

³⁸⁵ § 203 Abs. 1 S. 2 und S. 3 VVG.

³⁸⁶ Nach der Entscheidung des EuGH vom 01. 03. 2011 in der Rechtssache C-236/09 ist die Möglichkeit einer Differenzierung nach dem Geschlecht seit dem 21. Dezember 2012 versagt; EuGH, Urteil vom 01. 03. 2011, NJW 2011, 907.

³⁸⁷ § 8a, Abs. 2, S. 1 AVB/BT 2009. Verband der Privaten Krankenversicherungen, Allgemeine Versicherungsbedingungen für den Basistarif 2009 (AVB/BT 2009), abrufbar unter: <<https://www.pkv.de/service/broschueren/musterbedingungen/mb-bt-2009/>>, Zugriff am 09. 06. 2016.

Gebührensätze der Leistungserbringer sind durch eine vertragliche Vereinbarung nach § 75 Abs. 3b SGB V im Vergleich zum Standardtarif nochmals abgesenkt. Aufgrund der Schwächung des Äquivalenzprinzips müssen sich die Versicherungsunternehmen an einem Ausgleichssystem beteiligen.³⁸⁸ Dieses soll eine gleichmäßige Belastung dieser Unternehmen bewirken. Mehraufwendungen, die infolge der Vorerkrankungen entstehen, werden zwischen den Versicherten im Basistarif verteilt.³⁸⁹ Ein eventuelles noch verbleibendes Defizit sei auf die Verträge im Normaltarif umzulegen.³⁹⁰

8. Alterungsrückstellung

Das Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG) und die Kalkulationsverordnung (KalV³⁹¹) bestimmen die Rahmen für die Prämienkalkulation der deutschen PKV. Die Alterungsrückstellung ist Bestandteil dieser Regelung. Sie ist darauf gerichtet, ansteigende Kosten im Alter zu reduzieren. Die Alterungsrückstellung wird in die Nettoprämie einkalkuliert. Es gibt außerdem einen gesetzlichen Zuschlag für die Altersrückstellung. Erreicht der Versicherte 65 Jahre, ist sie zur Reduzierung der Prämiensteigerung zu verwenden.³⁹²

9. Portabilität

Für die substitutive Krankenversicherung hat das GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz von 2007 ab dem 1. Januar 2009 die Portabilität der Alterungsrückstellung eingeführt.³⁹³

Versicherte haben das Recht, in andere Tarife eines Versicherungsunternehmens zu wechseln. Bietet der gewählte Tarif gleichartigen Versicherungsschutz an, werden die erworbenen Rechte und die Alterungsrückstellung mitgenommen.³⁹⁴ Leistungsausschlüsse, Risikozuschläge und Wartezeiten dürfen für Mehrleistungen verlangt werden, wenn der gewählte Tarif höher oder umfassender ist. Der Versicherte kann einen Risikozuschlag und

³⁸⁸ Schäfer, in: Igl/Welti, Private Krankenversicherung, Rn. 749.

³⁸⁹ § 154 Abs. 1 VAG.

³⁹⁰ Schäfer, in: Igl/Welti, Private Krankenversicherung, Rn. 749.

³⁹¹ Verordnung über die versicherungsmathematischen Methoden zur Prämienkalkulation und zur Berechnung der Altersrückstellung in der privaten Krankenversicherung (Kalkulationsverordnung).

³⁹² Schäfer, in: Igl/Welti, Private Krankenversicherung, Rn. 699 ff.

³⁹³ § 146 Abs. 1 Nr. 4 und 5 VAG. Vgl. Simon, Das Gesundheitssystem in Deutschland, S. 252.

³⁹⁴ § 146 Abs. 1 Nr. 4 VAG.

eine Wartezeit vermeiden, wenn er für die Mehrleistung einen Leistungsausschluss vereinbart. Erfolgt der Wechsel aus dem Basistarif in einen anderen Tarif, darf ein schon ermittelter Risikozuschlag verlangt werden.³⁹⁵ Die Mitnahme gilt für Verträge, die nach dem 1. Januar 2009 abgeschlossen wurden. Für die alten Verträge gilt die Portabilität, wenn der Wechsel vor dem 1. Juli 2009 beantragt wurde. Eine dritte Möglichkeit gibt es für Personen, die eine Rente bereits beantragt haben oder hilfsbedürftig sind.³⁹⁶

Für Verträge, die nach dem 1. Januar 2009 abgeschlossen wurden, gilt zudem, dass der Versicherungsnehmer zu einem anderen privaten Krankenversicherungsunternehmen wechseln darf. Der Übertragungswert beschränkt sich jedoch auf den Betrag, der sich aus einem Vertrag im Basistarif ergeben würde.³⁹⁷ Für Verträge, die vor dem 1. Januar 2009 abgeschlossen wurden, gilt die Portabilität, wenn der Vertrag vor dem 1. Juli 2009 gekündigt wurde.³⁹⁸ Es wird also sehr wahrscheinlich ein Anteil der Alterungsrückstellung bei dem alten Versicherer verbleiben. Um den Verlust zu vermeiden, kann der Versicherte die Vereinbarung eines Zusatztarifes verlangen. In diesem Tarif wird die darüber hinausgehende Alterungsrückstellung berücksichtigt.³⁹⁹ Der Versicherte hätte also zwei unterschiedliche private Versicherer.

V. Ausprägungen der privaten Krankenversicherung in Brasilien

Nun erläutere ich die Funktionsweisen der PKV in Brasilien. Dabei ergibt sich zunächst ein Übersetzungs- und damit verbunden ein terminologisches Problem. Was ich als *PKV* für Brasilien bezeichne und übersetze, könnte wörtlich als „private Gesundheitspläne“ oder „private Gesundheitsprogramme“ bezeichnet werden.

Betreffend die Entwicklung in vergleichender Perspektive konnte man sehen, dass die deutsche PKV sich seit mehreren Jahrhunderten entwickelt und dass die brasilianische hingegen sich erst seit einigen Jahrzehnten entfaltet. Wie oben bereits dargestellt, scheint sich als Ähnlichkeit zu erweisen, dass zuerst Lösungen in der Gesellschaft mehr oder weniger frei stattfinden und sich entfalten. Zum Ausgleich der entstehenden Defizite schränken staatliche Regulierungen die Vielfalt der gesellschaftlichen Gestaltung des Sektors Gesundheit ein. Sie

³⁹⁵ § 204 Abs. 1 Nr. 1 VVG.

³⁹⁶ Knapp zusammengefasst vgl. § 204 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 lit. a, b und c VVG.

³⁹⁷ § 146 Abs. 1 Nr. 5 VAG.

³⁹⁸ § 204 Abs. 1 Nr. 2 VVG.

³⁹⁹ § 204 Abs. 1 S. 2 VVG.

werden aber auch durch alte Strukturen und Funktionsweisen beeinflusst, die bestehen bleiben.

Die Entwicklung hat für Brasilien vergleichsweise schnell stattgefunden, sodass die Zeit nicht ausreichte, damit die Vielfalt der unterschiedlichen Gestaltungen der PKV-Unternehmen sich reduzieren konnte, d.h. damit die Gestaltungen sich angleichen und reifen konnten. Das dürfte der Grund dafür sein, dass die brasilianische PKV eine offene Gestaltung hat. Die brasilianische PKV wird als die kontinuierliche Bereitstellung von Gesundheitsdiensten oder als die Deckung der damit entstandenen Kosten auf der Grundlage eines Preises beschrieben, der im Voraus oder nachträglich bestimmt wird. Andere Eigenschaften sind, dass die Bereitstellung von Gesundheitsdiensten für unbestimmte Zeit und ohne finanzielle Begrenzung für medizinische Behandlungen erfolgt. Die Leistung kann mit oder ohne besondere Vereinbarung mit bestimmten Leistungserbringern erbracht werden. Die Deckung der Kosten kann sowohl vollständig als auch partiell stattfinden, durch Erstattung oder direkte Bezahlung des Leistungserbringers durch den Versicherer.⁴⁰⁰ In Gegensatz zur Situation in Deutschland ist die brasilianische PKV bei der Leistungserbringung intensiver involviert. Die mögliche Gestaltung der privaten Absicherung geht also von einer eigenen Leistungserbringung bis hin zu direkten Vereinbarungen mit einzelnen Leistungserbringern. Ferner ist noch die reine Kostenerstattung möglich. Die schnelle Entwicklung der PKV in Brasilien dürfte dazu geführt haben, dass sich unterschiedliche Entwicklungsstufen überlagerten.⁴⁰¹

Die Diskussion über die PKV entwickelt sich in Brasilien selbstverständlich anders als in Deutschland. Die Besonderheiten der Diskussion in Brasilien finden ihren Ausdruck schon in der begrifflichen Konstruktion des Gesetzes 9656/1998. Als Beispiel hebe ich das Wort *Verbraucher* hervor, welches einen üblichen Begriff des Gesetzes darstellt. Das Wort *Versicherte* wird hingegen nicht erwähnt. Die Diskussion war und ist immer noch, ob für die Regulierung der PKV das Verfahren für die Regulierung der Versicherung verletzt wurde. Diese Frage wurde vom brasilianischen Obersten Bundesgerichtshof noch nicht endgültig entschieden.⁴⁰² In der ursprünglichen Fassung des Gesetzes 9656/98 kam der Begriff „Versicherte“ in Art.1 § 1 II, in Art. 2. II und einzelner Absatz (*parágrafo único*), sowie in Art. 16. V vor. Meiner Vermutung nach wurde wegen dieser Diskussion soweit wie möglich

⁴⁰⁰ Vgl. Art. 1 I Gesetz 9656/1998.

⁴⁰¹ Damit meine ich nicht, dass die brasilianische PKV sich genauso wie die deutsche PKV entwickeln wird oder muss.

⁴⁰² Brasilien, Supremo Tribunal Federal (STF), Plenum, Berichterstatter: Maurício Correa, Acórdão, Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.931-8 Distrito Federal (ADI MC 1931), D.J. 28.05.2004, abrufbar unter: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>, Zugriff am 08. 04. 2014.

versucht, die Charakterisierung einer Versicherung zu vermeiden oder zu mildern. Andererseits gab es in der Diskussion über die Regulierung eine Debatte zwischen dem Finanz- und dem Gesundheitsministerium. Streitpunkt war die Verteilung der Kompetenzen.⁴⁰³ Die Organe, die für die Regulierung und Aufsicht der Versicherungen zuständig sind, haben im Auftrag des Finanzministeriums in einer ersten Phase die Aufsicht über die finanziellen und wirtschaftlichen Aspekte übernommen. Institutionen und Organe, die mit dem Gesundheitsministerium verbunden sind, haben die Aufsicht über die Leistungserbringung ausgeübt. Danach wurde die Aufsicht vollständig unter der Zuständigkeit des Gesundheitsministeriums organisiert. Mit der Schaffung der ANS, der Aufsichtsbehörde für die PKV in Brasilien, einer Agentur des Gesundheitsministeriums, wurde das Thema der Verteilung der Kompetenzen abgeschlossen.⁴⁰⁴

Man versuchte, von der Charakterisierung einer Versicherung abzuweichen. Die wiederholte Verwendung des Begriffes „Deckung“, welche auf die Funktion einer Versicherung hinweist, konnte aber nicht vermieden werden.⁴⁰⁵

In der Erläuterung über die Entwicklung der PKV⁴⁰⁶ in Brasilien konnte man sehen, dass die typische PKV die letzte war, die entstand. Unter der aktuellen Verfassung haben aber die unterschiedlichen Formen der PKV als Gemeinsamkeit, dass sie das Risiko im Wege der Wahrscheinlichkeitsrechnung einschätzen.⁴⁰⁷ Das Versicherungsprinzip steht im Hintergrund.

Entscheidend für die Auswahl der Begriffe *brasilianische PKV* und *Versicherer* war das Hauptmerkmal einer Versicherung: die Deckung eines Risikos.⁴⁰⁸ Weitere Merkmale sind die Entsprechung zwischen Leistung und Gegenleistung, die Äquivalenz und der Vertrag.⁴⁰⁹

⁴⁰³ Figueiredo, Curso de Direito de Saúde Suplementar, S. 122.

⁴⁰⁴ Mendes, Curso de Direito da Saúde, S. 502 f.

⁴⁰⁵ Beispielsweise: Art. 1 III und III § 1° und III § 1° e Gesetz 9656/1998.

⁴⁰⁶ Dazu siehe Abschnitt „D.III“.

⁴⁰⁷ Vgl. dazu Brasilien, Supremo Tribunal Federal (STF), Plenum, Berichterstatter: Min. Roberto Barroso, Acórdão vom 13. 08. 2014, Ação Direta de Inconstitucionalidade [Direkte Verfassungswidrigkeitsklage] 4.701 Pernambuco, abrufbar unter:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6573599>> Zugriff am 11. 06. 2015.

⁴⁰⁸ Weitere Formulierungen wären: die Deckung eines wirtschaftlichen Risikos; die Deckung der finanziellen Folgen oder Ausgaben im Krankheitsfall; die Deckung der Kosten für Heilbehandlung im Krankheitsfall.

⁴⁰⁹ Die Ebene der Rechtsvergleichung ist nicht mit der dogmatischen Diskussion auf der nationalen Ebene zu verwechseln. In der Rechtsvergleichung wird nicht nach einer absoluten Parallelität der Begriffe, sondern nach der funktionellen Äquivalenz gesucht. Trotzdem scheint die versuchte Unterscheidung von Figueiredo zwischen etwa dem Vertrag bezüglich der *Gesundheitspläne* und dem *Krankenversicherungsvertrag* bereits in der nationalen Ebene nicht zu überzeugen. Denn die versicherungstechnischen Instrumente bleiben für beide im Hintergrund. Der Autor behauptet, die Versicherungsverträge seien im Prinzip zeitlich befristet. Die Regelungen des Gesetzes in Bezug auf Fristen und eine Verlängerung der Verträge gelten aber in der Regel sowohl für Gesundheitspläne als auch für Versicherungen. Nach Art. 13 beispielsweise verlängern sich beide automatisch, wenn sie befristet werden (Art. 13 des Gesetzes 9656/98). Es ist möglich, dass eher die typischen Krankenversicherungen in der Praxis die Kostenerstattung anwenden. Für sie ist aber eine Vereinbarung mit Leistungserbringern nicht ausgeschlossen. Außerdem steht für alle Unternehmen die

Indem ich diese Entscheidung im Bereich der Übersetzung und der Vergleichung erklärt habe, konnte ich Besonderheiten in der Gestaltung der brasilianischen PKV darstellen. Beispielsweise ist die PKV in Brasilien bei der Leistungserbringung intensiver involviert und die Kostenerstattung ist nur eine der Möglichkeiten. Ich konnte auch einen Einblick in die Entwicklung der Diskussion sowie in die begriffliche Konstruktion liefern.

In Bezug auf die Rechtsform gibt es eine Vielzahl an Möglichkeiten: nicht nur Formen, die auf Wohltätigkeitszwecke gerichtet sind, sondern auch Formen, durch die kommerzielle Ziele verfolgt werden. Der Vertrag kann als Individual- oder Gruppenversicherung ausgestaltet sein. Innerhalb der Gruppenversicherung gibt es wiederum eine Aufteilung, die später erklärt wird. In Bezug auf die Leistungsbereiche sind die Verträge für nicht stationäre Behandlung, Verträge für stationäre Behandlung mit Leistungen für die Entbindung, Verträge für stationäre Behandlung ohne Leistungen für die Entbindung, Verträge für zahnärztliche Behandlung und der Referenzplan, anders gesagt Referenztarif, zu unterscheiden.⁴¹⁰

1. Rechtsform bzw. Art der PKV

Der Versicherer der PKV oder, wie wörtlich aus dem Gesetz übersetzt der „Verwalter des privaten Gesundheitsplanes“, ist die juristische Person, die das Produkt, den Dienst oder den Vertrag bezüglich des *Gesundheitsplanes* bzw. der *Krankenversicherung* anbietet. Hinsichtlich der Rechtsformen gibt es eine Vielzahl an Möglichkeiten: Formen, die den Wohltätigkeitsorganisationen entsprechen; Formen, die für kommerzielle Ziele bestimmt sind; Genossenschaften; oder Organisationen, die besondere Gesundheitsprogramme für bestimmte Unternehmen verwalten.⁴¹¹ Letztere sind Unternehmen mit einer Art eigener Krankenversicherung (im Folgenden als „eigenständige Verwaltung für Unternehmen“

Kostenerstattung offen. Jedenfalls können sie im Notfall zur Kostenerstattung verpflichtet werden (Art. 12 VI des Gesetzes 9656/1998). Ein anderer Unterschied sei, dass der Versicherer nur bis zu einem im Versicherungsvertrag festgelegten Betrag verpflichtet sei. Die Verantwortung des Versicherers sei auf den Wert der Prämie begrenzt. Alle Unternehmen müssen aber den Referenztarif anbieten (Art. 10 § 2 des Gesetzes 9656/1998). Für die stationäre Behandlung ist die vollständige Deckung zwingend (Art. 12 II insbesondere a und b des Gesetzes 9656/98). Vgl. *Figueiredo*, *Curso de Direito de Saúde Suplementar*, S. 167 ff. Es gibt anscheinend einen Widerspruch in der Begriffsbestimmung der Art. 1 I des Gesetzes 9656/98. Dort steht: „die kontinuierliche Bereitstellung von Gesundheitsdiensten oder die Deckung der entstandenen Kosten für solche Gesundheitsdienste [...] ohne finanzielle Einschränkung“. Später jedoch wird auch gesagt, dass der Versicherer diese partiell oder vollständig zahle.

⁴¹⁰ Art. 19 § 2 IV Gesetz 9656/1998.

⁴¹¹ Auf Portugiesisch: *entidade de autogestão*.

bezeichnet).⁴¹² Sie dürfen sich in Form einer Stiftung, Gewerkschaft, oder eines Vereins⁴¹³ organisieren.⁴¹⁴ Eine andere Form für das Angebot privater Krankenversicherungen ist die Aktiengesellschaft.⁴¹⁵ Im Vergleich zur deutschen PKV sind die möglichen Rechtsformen für die brasilianische PKV vielfältiger.

Die Versicherer werden wie folgt kategorisiert: Verwalter (Vermittler) von Gruppenversicherungen,⁴¹⁶ medizinische Genossenschaft,⁴¹⁷ zahnärztliche Genossenschaft,⁴¹⁸ eigenständige Verwaltung für Unternehmen,⁴¹⁹ medizinische Unternehmen,⁴²⁰ zahnärztliche Unternehmen,⁴²¹ gemeinnützige Unternehmen⁴²² und (typische) PKV.⁴²³

Der Verwalter einer Gruppenversicherung ist derjenige, der die Bedingungen einer Gruppenversicherung festsetzt oder Dienstleistungen für juristische Personen anbietet, die private Gruppenversicherungen erwerben. Die Tätigkeiten des Verwalters von Gruppenversicherungen umfassen auch das Angebot von Gruppenversicherungen für juristische Personen und die technische Beratung der Personalabteilung in Bezug auf die Versicherung, Leistungserbringung und Verwaltung.⁴²⁴ Die untergesetzlichen Bestimmungen charakterisieren den Verwalter als eine vermittelnde Institution. Er darf weder typische Tätigkeiten des Versicherers ausüben, noch Dienstleister oder Vertreter des Versicherers sein.⁴²⁵ Der Verwalter darf im Vertrag zwischen dem Versicherer und der juristischen Person, die diesen Vertrag abschließt, als Vertreter oder Teilnehmer bestimmt werden.⁴²⁶ Er übernimmt das Risiko des Beitragsrückstandes dieser juristischen Person und muss dafür einen Sicherheitsfonds bilden.⁴²⁷ Ihm ist es nicht gestattet, Leistungen selbst zu erbringen

⁴¹² Art. 1 II Gesetz 9656/1998.

⁴¹³ Auf Portugiesisch: *fundação, sindicato, associação*.

⁴¹⁴ Art. 34 § 1. Gesetz 9656/1998.

⁴¹⁵ Auf Portugiesisch: *Sociedade anônima*; Art. 35-A IV c Gesetz 9656/1998.

⁴¹⁶ Auf Portugiesisch *administradora*.

⁴¹⁷ Auf Portugiesisch *cooperativa médica*.

⁴¹⁸ Auf Portugiesisch *cooperativa odontológica*.

⁴¹⁹ Auf Portugiesisch *Autogestão*.

⁴²⁰ Auf Portugiesisch *Medicina de Grupo*.

⁴²¹ Auf Portugiesisch *Odontologia de Grupo*.

⁴²² Auf Portugiesisch *Filantropia*.

⁴²³ Art. 10 RDC N. 39/2000. ANS. Resolução de Diretoria Colegiada – RDC N. 39, von 27. 10. 2000, abrufbar unter:

<<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=Mzgw>>, Zugriff am 18. 06. 2016; ANS, Manual da Sala de Situação da ANS, S. 1.

⁴²⁴ Art. 2 RN 196/2009. ANS, Resolução Normativa – RN N. 196, von 14. Juli 2009, abrufbar unter:

<<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTQ10Q==>>, Zugriff am 20. 06. 2016.

⁴²⁵ Art. 3 RN 196/2009.

⁴²⁶ Art. 4 Caput RN 196/2009.

⁴²⁷ Art. 5 Caput RN 196/2009.

oder Vereinbarungen mit Leistungserbringern zu treffen.⁴²⁸ Das Risiko des Geschäftes verbleibt beim Versicherer, der Verwalter einer Gruppenversicherung übernimmt es nicht. Er hat die Funktion, das Risiko durch Entlastung zu reduzieren. Das geschieht durch Outsourcing der Verwaltung. Der Verwalter kann Maßnahmen zur Reduzierung der Kosten vorschlagen, wie z.B. die Nutzung des gleichen Netzes von Leistungserbringern durch mehrere Unternehmen.⁴²⁹

Die medizinische Genossenschaft bietet Krankenversicherungen an, die zahnärztliche Genossenschaft die Deckung für zahnärztliche Leistungen. Beide sind juristische Personen, die sich dadurch auszeichnen, dass sie einen Zusammenschluss von Personen darstellen, der mit Gütern oder Dienstleistungen zu einer wirtschaftlichen Tätigkeit beiträgt. Zugleich muss ein gemeinsames Interesse verfolgt werden, ohne Profit zu erzielen.⁴³⁰ Die medizinische und die zahnärztliche Genossenschaft werden intern anders beurteilt als im Verhältnis zu den Versicherten. Im Verhältnis zwischen ihren Mitgliedern, das heißt grundsätzlich den Leistungserbringern selbst, sind sie als Genossenschaften besonders geschützt vor staatlichen Einwirkungen. Im Verhältnis zu den Versicherten und durch das Angebot von Versicherungsschutz handeln sie als Unternehmen.⁴³¹

Der Ausdruck „eigenständige Verwaltung für Unternehmen“ bezeichnet diejenigen juristischen Personen des Privatrechts, die durch ihre Personalabteilung oder ähnliche Einrichtungen eine Versicherung für den mit ihnen verbundenen Personenkreis (z.B. die Mitarbeiter) bereitstellen oder verwalten. Dies kann für private und öffentliche Unternehmen ebenso geschehen wie für die öffentliche Verwaltung. Sie streben dabei keinen Profit an. Zudem sind noch juristische Personen des Privatrechts umfasst, die – wie oben – keinen Ertrag erzielen und als Verein oder Stiftung ausgestaltet sind. Sie bieten eine private Krankenversicherung für Zugehörige einer Berufsgruppe an, die auch Mitglieder des Berufsverbandes oder ähnlicher Institution sind.⁴³² Die eigenständige Verwaltung für

⁴²⁸ Art. 8 RN 196/2009.

⁴²⁹ *Figueiredo*, Curso de Direito de Saúde Suplementar, S. 269, S. 273 f.

⁴³⁰ Art. 12 und 13 RDC N. 39/2000. Art. 3° sowie 4° Gesetzes 5764 von 16. 12. 1971, abrufbar unter: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5764.htm>, Zugriff am 20. 06. 2016.

⁴³¹ *Figueiredo*, Curso de Direito de Saúde Suplementar, S. 274 ff. Im deutschen Recht wird dies als unüblich empfunden. Bei „Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit“ sind die Versicherten im Regelfall zugleich Mitglieder des „Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit“, wie im obigen Abschnitt „D.IV.2“ dargestellt. Dennoch ist eine Versicherung ohne Mitgliedschaft möglich, vgl. BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 10. 06. 2009, - 1 BvR 706/08 - Rn. (1-242), abrufbar unter: <http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20090610_1bvr070608.html>, Zugriff am 05. 02. 2014 (fortan als BVerfG, 1 BvR 706/08 zitiert), Rn. 94.

⁴³² Vgl. Art. 2 I, II, III RN 137/2006. ANS, Resolução Normativa – RN N. 137, von 14. 11. 2006, abrufbar unter: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTEwNw==>>, Zugriff am 20. 06. 2016. Art. 2 I, II, III bestimmt den Personenkreis. Nur diesem Personenkreis darf

Unternehmen funktioniert normalerweise durch Vereinbarung mit den Leistungserbringern und durch die Nachzahlung von Beiträgen. Sie hat einen Hilfscharakter und beabsichtigt keine Gewinnerzielung auf dem Gesundheitsmarkt. Die Versicherungen sind mit den Arbeitsverträgen verbunden. Infolgedessen genießen sie steuerliche Vorteile. Ihre Funktion ist es, die Ausgaben zu reduzieren, die das Erwerben eines Versicherungsschutzes im Gesundheitsmarkt verursachen würde. Es gibt auch die Möglichkeit, dass mehrere Institutionen oder Unternehmen zur Finanzierung des Versicherungsschutzes beitragen. Eine solche eigenständige Verwaltung können private Unternehmen und öffentliche Institutionen, aber unter anderem auch Genossenschaften, Mitarbeiter eines Unternehmens, eine Berufsgruppe und Hilfskassen einer Berufsgruppe einrichten.⁴³³

Gemeinnützige Unternehmen meint Institutionen, die keinen Ertrag erzielen und die vom zuständigen Ministerium ein Zertifikat als private Institution, die im Bereich der Sozialhilfe tätig ist, erhalten haben.⁴³⁴ Zudem muss noch entweder das Justizministerium, ein Bundesland oder eine Gemeinde den gemeinnützigen Charakter bestätigt haben.⁴³⁵ Die Gemeinnützigen Unternehmen werden als Möglichkeit gesehen, die Entwicklung und den sozialen Wandel ohne Eingriffe des Staates zu fördern. Sie wird außerdem als Möglichkeit für Korrektur und Widerstand gegenüber den staatlichen Politiken gesehen.⁴³⁶

Zudem wird die typische PKV als eigenständige Art innerhalb all dieser Unternehmen bezeichnet.⁴³⁷ Das Ziel oder Geschäftsfeld des Unternehmens ist im Gesellschaftsvertrag festgelegt.⁴³⁸ Das Versicherungsunternehmen muss sich auf den Bereich der

nach Art. 2 § 1 RN 137/2006 die Versicherung angeboten werden. Wo ich „Mitglieder des Berufsverbandes“ schreibe, wäre die wörtliche Übersetzung „Mitglieder des Gestalters“. Mit der gewählten Übersetzung habe ich versucht, die Verständlichkeit des Textes zu verbessern. Ich muss aber darauf hinweisen, dass sich hierunter nicht nur Berufsverbände subsumieren lassen, sondern auch andere Institutionen, die bestimmte Berufe einschließen.

⁴³³ Figueiredo, Curso de Direito de Saúde Suplementar, S. 269, S. 272, S. 290.

⁴³⁴ Das zuständige Ministerium ist zurzeit das Bundesministerium für soziale Entwicklung und für die Bekämpfung des Hungers (Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome). Wenn die Institutionen die Voraussetzungen des Art. 3. Gesetz 8.742/1993 erfüllen, werden sie als solche anerkannt. (Brasilien, Gesetz 8.742 vom 07. 12. 1993, abrufbar unter: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8742.htm>, Zugriff am 14. 02. 2017). Innerhalb des Bundesministeriums für soziale Entwicklung und für die Bekämpfung des Hungers hat der Bundesausschuss für die Sozialhilfe (Conselho Nacional de Assistência Social) die Zuständigkeit, die Zertifizierung dieser Institutionen zu begleiten und zu beaufsichtigen (Art. 18 III Gesetz 8.742/1993). Der Bundesausschuss für die Sozialhilfe ist das oberste Gremium für die Gestaltung der Sozialhilfe und ist mit dem Bundesministerium für soziale Entwicklung und für die Bekämpfung des Hungers verbunden (Art. 17 i. V. m Art. 6 § Gesetz 8.742/1993).

⁴³⁵ Art. 17 RDC 39/2000.

⁴³⁶ Figueiredo, Curso de Direito de Saúde Suplementar, S. 292.

⁴³⁷ Art. 2 Gesetz 10.185/2001. Brasilien, Gesetz 10.185 von 12. 02. 2001, abrufbar unter: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10185.htm>, Zugriff am 18. 06. 2016. ANS, Manual da Sala de Situação da ANS, S. 1.

⁴³⁸ Vgl. ANS, Manual da Sala de Situação da ANS, S. 1.

Krankenversicherung beschränken. Andere Versicherungszweige dürfen daneben nicht angeboten werden.⁴³⁹

Wenn die Unternehmen nicht in die oben genannten Kategorien eingeordnet werden können, sind sie als medizinische oder als zahnärztliche Unternehmen zu bezeichnen.⁴⁴⁰

2. Individual und Gruppenversicherungen

Nach der Art der Vereinbarung kann der Vertrag „individuell oder familiär“⁴⁴¹, das heißt als Individual- oder Familienversicherung ausgestaltet sein. Darüber hinaus sind Gruppenversicherungen möglich, denen der Einzelne beiträgt (ab jetzt einfach als freiwillige Gruppenversicherung bezeichnet)⁴⁴², und Gruppenversicherungen für Unternehmen^{443, 444}.

In der Individual- oder Familienversicherung kann der Einzelne zwischen den am Markt tätigen Unternehmen und den angebotenen Produkten frei wählen. Er kann sich insbesondere für oder gegen eine Mitversicherung der Familie entscheiden.⁴⁴⁵ Der Einzelne erwerbe die Versicherung direkt vom Versicherer und habe entsprechend eine freie Auswahl.⁴⁴⁶

Die freiwillige Gruppenversicherung bietet Versicherungsschutz für Personen an, die eine Verbindung zu Berufsverbänden haben; zudem unter anderem noch zu Gewerkschaften und den entsprechenden Spitzverbänden, beruflichen Vereinen, auf bestimmte Berufe bezogene Genossenschaften sowie Hilfskassen und Stiftungen.⁴⁴⁷ Die entsprechende juristische Person erwirbt den Versicherungsschutz, der dem mit ihr verbundenen Personenkreis angeboten wird.⁴⁴⁸ Der Einzelne nimmt das Angebot freiwillig an.⁴⁴⁹ Die Familie darf mitversichert werden, das hängt aber von der vertraglichen Vereinbarung ab.⁴⁵⁰

⁴³⁹ Art. 1 § 1 des Gesetzes 10.185/2001.

⁴⁴⁰ Art. 15 und 16 RDC 39/2000.

⁴⁴¹ Auf Portugiesisch: *individual ou familiar*.

⁴⁴² Auf Portugiesisch: *coletivo por adesão*. Ich habe hier den Begriff *freiwillige Gruppenversicherung* gewählt, da in der Gruppenversicherung für Unternehmen der Arbeiter pflichtversichert sei. Vgl. *Figueiredo*, Curso de Direito de Saúde Suplementar, S. 172.

⁴⁴³ Auf Portugiesisch: *coletivo empresarial*.

⁴⁴⁴ Art. 16 VII a, b und c Gesetz 9656/1998.

⁴⁴⁵ Art. 3 Caput RN 195/2009. ANS, Resolução Normativa – RN 195 von 14. Juli 2009, abrufbar unter: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTQ1OA==>>, Zugriff am 23. 06. 2016.

⁴⁴⁶ *Mendes*, Curso de Direito da Saúde, S. 524.

⁴⁴⁷ Art. 9 RN 195/2009.

⁴⁴⁸ Vgl. Art. 10 i. V. m. Art. 9 RN 195/2009.

⁴⁴⁹ *Figueiredo*, Curso de Direito de Saúde Suplementar, 2012, S. 172.

⁴⁵⁰ Art. 9 § 1 RN 195/2009.

Entscheidungen in Bezug auf die Gestaltung der Gruppenversicherung werden innerhalb der jeweiligen juristischen Person (das heißt z.B. der Gewerkschaft oder des Verbands) nach dem jeweils vorgesehen Verfahren getroffen. Dort gebe es zwei mögliche Gestaltungen der Mitwirkung der Versicherten: In der ersten wählen die Versicherten eine Person oder einen Vorstand, die in ihrem Auftrag diese Entscheidungen trifft. In der zweiten Gestaltung habe jeder Versicherte das Recht, bei den Entscheidungen seine Stimme selbst abzugeben.⁴⁵¹ Im Falle einer Gewerkschaft bestimmt z.B. Art. 13 „Caput“ i. V. m. Buchstabe „c“ DL 1.402/1939, dass Entscheidungen, die die Nutzung des Eigentums der Gewerkschaft betreffen, durch die Generalversammlung getroffen werden.⁴⁵² Daraus kann man folgern, dass die Gestaltung der Absicherung auch auf diese Weise getroffen werden muss.

Die Gruppenversicherung für Unternehmen bietet Versicherungsschutz für die Personen an, die mit einer juristischen Person durch Arbeitsverhältnisses oder Beamtenstatus verbunden sind.⁴⁵³ Die Familie darf wiederum mitversichert werden, was aber ebenfalls von der vertraglichen Vereinbarung abhängt.⁴⁵⁴ Wie auch bei der oben dargestellten freiwilligen Gruppenversicherung erwirbt auch hier die entsprechende juristische Person den Versicherungsschutz, der dann dem ihr verbundenen Personenkreis angeboten wird.⁴⁵⁵ Die juristische Person ist verantwortlich für die Bezahlung des Versicherers. Ausnahmsweise gilt dies nicht für die mittelbare und unmittelbare Staatsverwaltung und für die eigenständige Verwaltung für Unternehmen.⁴⁵⁶ Dabei wird die Versicherungsleistung als Teil des Lohns mitberücksichtigt. Alle Individuen des Personenkreises sind verpflichtet teilzunehmen. Solche Gruppenversicherungen können aufgrund Verhandlungen einer Gewerkschaft mit dem Arbeitgeber eingerichtet werden. Ferner gibt es drei Varianten: In der ersten bezahlt der Arbeitgeber die Beiträge vollständig, in der zweiten bezahlt allein der Versicherte und in der letzten teilen sie sich die Kosten. Diese Art von Versicherung sei der Ursprung des Systems der PKV in Brasilien und noch immer entfalle ein wesentlicher Anteil des Marktes auf sie.⁴⁵⁷

⁴⁵¹ *Figueiredo*, Curso de Direito de Saúde Suplementar, S. 172.

⁴⁵² „DL“ ist die Abkürzung für „Decreto-Lei“; gemeint ist eine Verordnung mit Gesetzesrang. Brasilien, Decreto-Lei 1.402 vom 05. 07. 1939, abrufbar unter: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1402.htm>, Zugriff am 14. 02. 2017.

⁴⁵³ Art. 5 Caput RN 195/2009.

⁴⁵⁴ Art. 5 § 1 VII RN 195/2009.

⁴⁵⁵ Art. 8 Caput i. V. m. Art. 5 Caput RN 195/2009.

⁴⁵⁶ Art. 8. *Parágrafo único* RN 195/2009.

⁴⁵⁷ *Figueiredo*, Curso de Direito de Saúde Suplementar, S. 172.

3. Bestimmungen für alle Leistungsbereiche

Im Folgenden werden die wichtigsten Bestimmungen dargestellt, die alle neuen Verträge betreffen, das heißt solche, die nach Inkrafttreten des Gesetzes 9656/1998 geschlossen wurden.

In der Regel werden Leistungen vom Versicherer selbst oder von Leistungserbringern erbracht, mit denen der Versicherer besondere Vereinbarungen getroffen hat. Für Leistungen durch andere Leistungserbringer sind dem Versicherten die Kosten nur im Notfall zu erstatten. Ein Notfall liegt vor, wenn eine Leistung durch den Versicherer selbst oder die vertraglich an ihn gebundenen Leistungserbringer nicht möglich ist. Eine darüber hinausgehende Kostenerstattung kann vertraglich vereinbart werden.⁴⁵⁸ Kündigung oder Unterbrechung des Vertrages sind ausgeschlossen, mit Ausnahme von Fällen, in den eine Täuschung oder ein Zahlungsverzug von mehr als 60 Tagen in den letzten zwölf Monaten vorliegt. Der Zahlungsverzug muss dabei nicht durchgehend aufgetreten sein. Der Versicherer muss aber bis zum 50. Tag des Verzuges den Versicherten mahnen. Gänzlich ausgeschlossen sind Unterbrechung und Kündigung des Vertrages während eines Krankenhausaufenthalts des Versicherten.⁴⁵⁹

Ferner dürfen die privaten Krankenversicherungen den Abschluss eines Vertrages aufgrund des Alters oder einer Behinderung nicht ablehnen.⁴⁶⁰ Erhöhungen der Preise aufgrund des Alters des Verbrauchers dürfen nur erfolgen, wenn im Vertrag die Altersgruppe sowie die entsprechenden Erhöhungen bestimmt sind. Eine Erhöhung ist ausgeschlossen, wenn der Versicherte älter als sechzig Jahre ist und der Vertrag bereits seit mehr als zehn Jahren besteht.⁴⁶¹ Im Notfall ist der Versicherer zur Bezahlung der Behandlung verpflichtet.⁴⁶²

Für die Problematik der Vorerkrankungen und der Vorverletzungen sieht Art. 11 Gesetz 9656/1998 eine „vorläufige partielle Deckung“ vor. Eine Übersetzung könnte so lauten: „Es ist verboten, bei Verträgen über die in I und § 1. Art. 1 genannten Produkte die Deckung für Vorerkrankungen und Vorverletzungen für einen längeren Zeitraum als 24 Monate ab Vertragsschluss auszuschließen. Die Kenntnis des Versicherten von einer Vorerkrankung oder Vorverletzung ist vom Versicherer zu beweisen. [...] Gemäß der Regulierung der ANS bleibt bis zum Beweis der Kenntnis der Versicherungsschutz bestehen“.

⁴⁵⁸ Art. 12 VI Gesetz 9656/1998.

⁴⁵⁹ Art. 13 *parágrafo único* II und III Gesetz 9656/1998.

⁴⁶⁰ Art. 14 Gesetz 9656/1998.

⁴⁶¹ Art. 15 Gesetz 9656/1998

⁴⁶² Art. 35-C I bis II Gesetz 9656/1998.

Der Wortlaut legt nahe, dass die Vorerkrankungen oder Vorverletzungen für die ersten 24 Monate seit Vertragsschluss vom Versicherungsschutz ausgeschlossen werden können. Danach muss der vollständige Versicherungsschutz gewährleistet werden. Nur in Fällen einer Täuschung könnte der Versicherte den Versicherungsschutz verlieren, also nur in Fällen, in denen der Vorsatz des Versicherten bewiesen wurde. Aus der Regulierung der Aufsichtsbehörde ergibt sich, dass, wenn zum Vertragsabschluss eine Vorerkrankung oder Vorverletzung festgestellt wird, das Unternehmen entweder die „vorläufige partielle Deckung“ oder einen „Risikozuschlag“ anbieten muss.⁴⁶³ In dieser Regulierung wird außerdem ein Verwaltungsverfahren für den Beweis der Kenntnis einer Vorerkrankung oder Vorverletzung vorgesehen.⁴⁶⁴ Nach Ablauf der Frist von 24 Monaten ist das Verwaltungsverfahren nicht mehr zulässig.⁴⁶⁵ Nur bis zu diesem Zeitpunkt kann das Unternehmen die Erklärung des Versicherten bezüglich seines Gesundheitszustandes und der Vorerkrankungen bzw. Vorverletzungen bestreiten.⁴⁶⁶

Aus der aktuellen Rechtslage ergibt sich, dass ein Annahmewang besteht. Gleichwohl bestehen in der Literatur dazu unterschiedliche Ansichten. Für ESMERALDI und LOPES bestünde als Alternative für die vorläufige partielle Deckung nicht nur die Möglichkeit einer Erhöhung der Prämien (Risikozuschlag), sondern auch die Ablehnung des Vertragsabschlusses.⁴⁶⁷ FIGUEIREDO legt aber dar, dass nach dem Gesetz das PKV-Unternehmen ungeachtet von Alter oder Vorerkrankung zum Vertragsabschluss verpflichtet sei. Dabei könne der Versicherer Untersuchungen durchführen oder verlangen, Gutachten einzuholen. Er könne auch Dokumente und Kopien anfordern, um Vorerkrankungen zu beweisen und das Risiko zu bestimmen.⁴⁶⁸ Eine andere Frage sei, ob dieser Annahmewang sich wirksam durchsetzen lasse. Die vorläufige partielle Deckung werde jedoch nicht häufig verwendet, da so die Prämien verteuert würden. Die Möglichkeit des Risikozuschlages hätte sich ebenso nicht durchgesetzt.⁴⁶⁹

⁴⁶³ Art. 6° § 1° RN 162/2007. ANS, Resolução Normativa 162, von 17. 10. 2007, abrufbar unter: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=PDFAtualizado&format=raw&id=MTIyMw==>>, Zugriff am 22. 10. 2016.

⁴⁶⁴ RN 162/2007.

⁴⁶⁵ Art. 17 *Caput* RN 162/2007.

⁴⁶⁶ Vgl. Art. 9. *Caput* RN 162/2007.

⁴⁶⁷ Esmeraldi/Lopes, Planos de Saúde no Brasil, S. 164 f.

⁴⁶⁸ Figueiredo, Curso de Direito de Saúde Suplementar, S. 124.

⁴⁶⁹ Mendes, Curso de Direito da Saúde, S. 593 und S. 597.

4. Bestimmungen für die einzelnen Leistungsbereiche

Wenn der Vertrag nichtstationäre, das heißt ambulante Behandlungen einschließt, muss er unbegrenzte Arztbesuche in allgemeinen und spezialisierten Praxen, Diagnosen und nichtstationäre Behandlungen, die der Arzt verschreibt, häusliche Behandlungen gegen Krebs sowie die Medikamente gegen die Nebenwirkungen abdecken.⁴⁷⁰

Schließt der Vertrag stationäre Behandlungen ein, muss die Deckung von Krankenhausaufenthalten für unbegrenzte Zeit, Preis oder Anzahl enthalten sein, ebenso die Deckung einer Behandlung in der Intensivstation nach Verschreibung eines Arztes, die Deckung von medizinischen Honoraren, Pflegedienst und Ernährung, die Deckung von Gebühren aller Art, für die Behandlung von Krebs die Deckung der notwendigen häuslichen Behandlungen sowie der Medikamente und nichtstationären Behandlungen, die für die Kontinuität der Therapie notwendig sind.⁴⁷¹

Wenn der Vertrag Leistungen für die Entbindung einschließt, müssen die Leistungen für die Unterstützung der Neugeborenen innerhalb von 30 Tagen nach der Geburt gewährleistet werden, seien sie eigene oder adoptierte Kinder des Versicherten oder seiner mitversicherten Angehörigen. Hier kommt die Mitversicherung des Kindes, unabhängig davon, ob es sich um ein eigenes oder adoptiertes Kind handelt, ohne Karenzzeiten, wenn die Mitversicherung innerhalb von 30 Tagen nach der Geburt oder Adoption beantragt wird.⁴⁷²

Schließt der Vertrag zahnärztliche Leistungen ein, müssen Zahnarztbesuche und Untersuchungen nach Verschreibung des Zahnarztes gewährt werden; zudem Leistungen für Prävention und Behandlungen sowie die Deckung kleiner chirurgischer Eingriffe.⁴⁷³

Wenn der Vertrag Karenzzeiten vorsieht, dürfen maximal dreihundert Tage für Entbindung, 24 Stunden für Notfälle und 180 Tage für die übrigen Fälle vorgesehen werden.⁴⁷⁴ Zwei Fälle bezüglich der Behandlung von Krebs werden durch medizinische Leitlinien und Protokolle bestimmt: erstens für die nichtstationäre Behandlung die häuslichen Therapien sowie die Medikamente gegen die Nebenwirkungen; zweitens die Deckung der notwendigen häuslichen Behandlungen, darüber hinaus der Medikamente und

⁴⁷⁰ Vgl. Art. 12 I a b und c Gesetz 9656/1998.

⁴⁷¹ Vgl. Art. 12 II a bis g Gesetz 9656/1998.

⁴⁷² Art. 12 III a und b Gesetz 9656/1998.

⁴⁷³ Hier zusammengefasst, ausführlicher in Art. 12 IV a, b und c Gesetz 9656/1998.

⁴⁷⁴ Art. 12 V a, b und c Gesetz 9656/1998.

nichtstationären Behandlungen, die für die Kontinuität der stationären Behandlung notwendig sind.⁴⁷⁵

Jedem Leistungsbereich entspricht also ein Mindestdeckungslevel. Der konkrete Mindestleistungskatalog wird durch die Aufsichtsbehörde bestimmt und mindestens alle zwei Jahre aktualisiert.⁴⁷⁶ Damit wird die Freiheit der Vertragsparteien eingeschränkt. Die Regulierung durch die Aufsichtsbehörde betonte den Charakter dieser Verträge als öffentliches Gut und bedeutete so eine gewisse „Verstaatlichung“ oder mit anderen Worten eine gewisse „Sozialisierung“.^{477, 478}

5. Referenztarif

Der Referenztarif bzw. Referenzplan (im Folgenden nur als Referenztarif bezeichnet) wurde von Art. 10 des Gesetzes 9656/1998 eingeführt. Alle in der internationalen Klassifikation der Krankheiten der Weltgesundheitsorganisation gelisteten Krankheiten müssen abgedeckt werden. Die Mindestdeckung für die einzelnen Leistungsbereiche ist im Referenztarif zu beachten. Dieser Tarif deckt medizinische stationäre und nichtstationäre Behandlungen sowie Leistungen für die Entbindung ab. Zudem umfasst der Tarif Krankenhausbehandlungen, auch in der Intensivstation oder ähnlichem, wenn eine stationäre Behandlung notwendig ist.⁴⁷⁹ Ferner können adoptierte Kinder, die jünger als 12 Jahre sind, mitversichert werden.⁴⁸⁰ Es gilt für sie die Wartezeit der Person, über die sie mitversichert sind.⁴⁸¹ Der Tarif muss seit dem 3. Dezember 1999 von allen Versicherungsunternehmen für die aktuellen und zukünftigen Kunden angeboten werden.⁴⁸² Der Versicherer muss eine Bestätigung des Versicherten darüber erhalten, dass dem Versicherten das Angebot des Referenztarifes zur Kenntnis

⁴⁷⁵ Art. 12 § 4 Gesetz 9656/1998.

⁴⁷⁶ Den aktuellen Mindestleistungskatalog bestimmt RN 387/2015 sowie die Anhänge, für die Notwendigkeit der Aktualisierung alle zwei Jahre vgl. Art. 28. ANS, Resolução Normativa 387, von 28. 10. 2015, abrufbar unter: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=PDFAtualizado&format=raw&id=MzExMA==>>, Zugriff am 20. 10. 2016.

⁴⁷⁷ Hier ist keine echte Verstaatlichung gemeint, sondern nur eine gewisse Hemmung der Vertragsfreiheit für Gemeinwohlzwecke. Das portugiesische Wort „publicização“ würde diesen Gedanken genauer ausdrücken. Die Wörter für „Verstaatlichung“, „estatização“, und für „Sozialisierung“, „socialização“, jeweils wörtlich übersetzt, würden aber auf Portugiesisch eine komplette staatliche Übernahme der Tätigkeit bedeuten.

⁴⁷⁸ *Esmeraldi/Lopes*, Planos de Saúde no Brasil, S. 138.

⁴⁷⁹ Vgl. Art. 10 „Caput“ Gesetz 9656/1998.

⁴⁸⁰ Das Gesetz spricht hier nur adoptierte Kinder an, für eigene Kinder dürfte dies aber erst recht gelten.

⁴⁸¹ Art. 12 VII Gesetz 9656/1998.

⁴⁸² Art. 10 § 2 Gesetz 9656/1998. Aktuell muss der Tarif aber nur den zukünftigen Kunden angeboten werden. Darauf wird im nächsten Abschnitt näher eingegangen.

gebracht wurde.⁴⁸³ Im Referenztarif werden die Leistungen folgender drei Leistungsbereiche vorgesehen: stationäre, nichtstationäre sowie Leistungen für Entbindungen.⁴⁸⁴ Die Unternehmen dürfen alternativ Verträge für die einzelnen Leistungsbereiche anbieten; das heißt Verträge für nichtstationäre Behandlung, für stationäre Behandlung mit oder ohne Leistungen für Entbindungen, für zahnärztliche Behandlung und ihre Kombinationen.⁴⁸⁵

Es wird dargestellt, dass der Referenztarif das Mindestdeckungsniveau für die PKV sei.⁴⁸⁶ Eine ähnliche Auffassung behauptet, dass der Referenztarif einen Standard für die PKV-Unternehmen darstelle.⁴⁸⁷ Für eine dritte Ansicht ist der Referenztarif die umfangreichste Absicherung, da er die Deckung für nichtstationäre und stationäre Behandlung sowie Leistungen für Entbindungen einschließe.⁴⁸⁸ Ferner wird in einer Entscheidung des brasilianischen Obersten Bundesgerichtshofes behauptet, dass im Referenztarif alle Krankheiten der internationalen Klassifikation der Krankheiten der Weltgesundheitsorganisation gedeckt seien und dass die Mindestdeckung nach Art. 12 Gesetz 9656/98 für die Leistungsbereiche außerhalb des Referenztarifes gelte.⁴⁸⁹ Aus dieser Position können sich zwei unterschiedliche Folgerungen ergeben: Entweder, dass die PKV zwar alle Krankheiten einschließen müssen, aber einzelne Leistungen ausschließen können, wenn die Krankheit auch auf andere Weise behandelt werden könnte; oder, dass alle Krankheiten versichert sind und zusätzlich, dass auch alle Behandlungen gewährleistet werden müssen. Infolge der Untersuchung, die ich im Abschnitt „F.II.4“ darstelle, nehme ich an, dass die aktuelle Jurisprudenz sich eher an der zweiten Variante orientiert. Der Wortlaut des Art. 10, wie bereits vorgestellt, schließt aber die Mindestdeckung ausdrücklich ein.

Als Fazit kann ich Folgendes feststellen: Sofern die Krankenversicherungsverträge in vier unterschiedlichen Leistungsbereichen⁴⁹⁰ reguliert werden, für die ein Mindestleistungskatalog existiert, und sofern der Referenztarif nur drei⁴⁹¹ dieser Leistungsbereiche einschließt, so kann man in der Tat sagen, dass der Referenztarif nicht das Leistungsniveau ist. Sofern es Alternativen außerhalb des Referenztarifes gibt, erscheint es

⁴⁸³ Art. 12 § 2 Gesetz 9656/1998.

⁴⁸⁴ Vgl. Art. 20 *Caput* RN 387/2015.

⁴⁸⁵ Vgl. Art. 6. RN 387/2015.

⁴⁸⁶ *Esmeraldi/Lopes*, Planos de Saúde no Brasil, S. 118 ff.

⁴⁸⁷ *Figueiredo*, Curso de Direito de Saúde Suplementar, S. 177.

⁴⁸⁸ *Mendes*, Curso de Direito da Saúde, S. 522.

⁴⁸⁹ Brasilien, Supremo Tribunal Federal (STF), Plenum, Berichterstatter: Maurício Correa, Acórdão, Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.931-8 Distrito Federal (ADI MC 1931), D. J. 28. 05. 2004, abrufbar unter: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>, Zugriff am 08. 04. 2014, S. 323.

⁴⁹⁰ Das heißt, nichtstationäre Behandlung, stationäre Behandlung, Leistungen für Entbindungen und zahnärztliche Behandlung.

⁴⁹¹ Das heißt nichtstationäre Behandlung, stationäre Behandlung sowie Leistungen für Entbindungen.

nicht adäquat, ihn als „Standard“ zu bezeichnen. Der Referenztarif kann aber problemlos als die umfangreichste Absicherung angesehen werden. Der Wortlaut der Art. 10 und Art. 12 des Gesetzes 9656/1998 spricht dafür, dass die Mindestdeckung und zumindest die Mindestdeckungskataloge für die Leistungsbereiche „stationäre Behandlung“, „nichtstationäre Behandlung“ sowie „Leistungen für Entbindungen“ für den Referenztarif gelten. Diese Ansicht hat aber als Konsequenz, dass die Gerichte in der Regel nicht mehr Behandlungen außerhalb des Mindestdeckungskatalogs der Aufsichtsbehörde gewährleisten dürfen, und setzt eine kompetente Regulierung der Materie voraus.

6. Die alten Verträge

Das Gesetz gilt für alle neuen Verträge. Für die alten Verträge und für die Verträge, die zwischen dem 2. September 1998 und dem 1. Januar 1999 abgeschlossen wurden, wurde eine Wechsellmöglichkeit eingeräumt.⁴⁹² Wenn der Wechsel eine Erhöhung der Beiträge verursacht, darf dies nur entsprechend der Vergrößerung des Versicherungsumfangs stattfinden. Die Aufsicht der ANS kann dazu führen, dass die Preise reduziert werden, wenn dies nicht beachtet wird.⁴⁹³ Soweit der Referenztarif allen aktuellen Kunden angeboten werden muss, gehört er auch zur Problematik der alten Verträge.

Verlangt der Versicherte die Umsetzung des Vertrages anhand der neuen Regelungen, hat das Versicherungsunternehmen die Anpassung durchzuführen. Neue Karenzzeiten oder die Anwendung der „vorläufigen partiellen Deckung“ dürfen vom Versicherer nur für solche Krankheiten oder Behandlungen verlangt werden, die vorher nicht gedeckt waren.⁴⁹⁴

Für alte Verträge, die vor dem Inkrafttreten des Gesetzes 9656/1998 abgeschlossen wurden, gilt zudem noch, dass eine Erhöhung der Prämien für Versicherte, die 60 Jahre oder älter sind, von der ANS genehmigt werden muss.⁴⁹⁵ Wenn die Verträge eine Erhöhung ab dieser Altersgrenze vorsehen, musste der Vertrag bis 31. Oktober 1999 angepasst werden, damit eine jährliche Staffelung der Erhöhung stattfindet.⁴⁹⁶ Die Genehmigung der ANS für die Erhöhung der Prämien ist auch für Individualverträge notwendig.⁴⁹⁷ Auch die Frage der

⁴⁹² Art. 35 Gesetz 9656/1998.

⁴⁹³ Art. 35 § 2 Gesetz 9656/1998.

⁴⁹⁴ *Mendes*, Curso de Direito da Saúde, S. 524.

⁴⁹⁵ Art. 35-E I Gesetz 9656/1998.

⁴⁹⁶ Art. 35-E § 1. und § 1. I Gesetz 9656/1998.

⁴⁹⁷ Art. 35-E § 2. Gesetz 9656/1998.

Vorerkrankungen oder Vorverletzungen ist der Regulierung der ANS unterworfen.⁴⁹⁸ Eine Unterbrechung oder einseitige Kündigung der Individual- oder Familienversicherung ist außer in Fällen von Täuschung oder Zahlungsverzug von mehr als 60 Tagen nicht gestattet. Dennoch muss der Versicherer bis zum 50. Tag des Verzuges den Versicherten mahnen.⁴⁹⁹ Ein Krankenhausaufenthalt darf nur ausnahmsweise nach Entscheidung des Arztes unterbrochen werden.⁵⁰⁰

Wegen einer vorläufigen Entscheidung des brasilianischen Obersten Bundesgerichtshofes ist die Veränderung der alten Verträge außer Kraft gesetzt. Die Rechtsprechung hat eine alternative Lösung gefunden: Die Anwendung der Bestimmungen des Verbraucherschutzgesetzbuches von 1990. Das zuvor beschriebene Gesetz, hat auf diese Lösungsmöglichkeit hingewiesen. Dies wird in Abschnitt „F.II.4“ erläutert.

7. Erstattung für das Einheitliche Gesundheitssystem (SUS)⁵⁰¹

Die privaten Krankenversicherungen müssen Kosten für Leistungen des öffentlichen Gesundheitsdiensts erstatten, wenn eine versicherte Person die Leistungserbringung der öffentlichen Absicherung oder von privaten Leistungserbringern in Anspruch nimmt, die eine Vereinbarung mit dem *SUS* haben. Solche privaten Leistungserbringer sind Teilnehmer des *SUS* und die privaten Krankenversicherungen sind gegenüber dem *SUS* erstattungspflichtig, wenn die erbrachte Leistung im Versicherungsvertrag enthalten ist.⁵⁰² Für die Erhebung der Erstattung stellt die Aufsichtsbehörde ANS dem PKV-Unternehmen eine Beschreibung der erbrachten Leistungen für jeden Versicherten zur Verfügung.⁵⁰³ Daher sind die Unternehmen dazu verpflichtet, Daten der Versicherten an die Aufsichtsbehörde zu senden, damit diese identifiziert werden.⁵⁰⁴ Die Vergütung ist nicht niedriger als die Preise, die für die Leistungserbringung des *SUS* vorgesehen sind, und nicht höher als die Preise, die die privaten Krankenversicherungen festsetzen.⁵⁰⁵

Es gibt zwei grundlegende Ansichten über dieses Institut. Ziel des Gesetzgebers sei nach der ersten Ansicht, die ungerechtfertigte Bereicherung der Unternehmen auszugleichen,

⁴⁹⁸ Art. 35-E II Gesetz 9656/1998.

⁴⁹⁹ Art. 35-E III Gesetz 9656/1998.

⁵⁰⁰ Art. 35-E IV Gesetz 9656/1998. Die Regelungen des Art. 35-E III und IV Gesetz 9656/1998 sind der des Art. 13 *parágrafo único* I und III Gesetz 9656/1998 ähnlich, dazu siehe S. 98.

⁵⁰¹ Das Thema wurde im Abschnitt „C.II.1“ auf S. 44 f. erwähnt und wird hier ausführlicher erläutert.

⁵⁰² Art. 32 *Caput* Gesetz 9656/1998.

⁵⁰³ Art. 32 § 2. Gesetz 9656/1998.

⁵⁰⁴ Art. 20 *Caput* Gesetz 9656/1998.

⁵⁰⁵ Art. 32 § 8. des Gesetzes 9656/1998.

wenn die Versicherten der PKV die öffentliche Versorgung in Anspruch nähmen. Die Inanspruchnahme könne aufgrund einer mangelhaften Leistungserbringung des PKV-Unternehmens erfolgen. Es gebe jedoch Situationen, in denen das Recht auf Erstattung aufgrund ungerechtfertigter Bereicherung entstehe, unabhängig davon, ob die Handlung oder Unterlassung schuldlos erfolgt sei. Infolgedessen bestehe der Erstattungsanspruch, auch wenn die Inanspruchnahme infolge einer freien Entscheidung des Versicherten erfolge.⁵⁰⁶

Die Behandlung von Versicherten der PKV in den öffentlichen Gesundheitsdiensten verursache eine ungerechtfertigte Erhöhung des Ertrages des privaten Unternehmens. Die Ausgabe des Staates führe zu einer Erhöhung von dessen Vermögen. Es finde damit eine ungerechtfertigte Belastung der Gesellschaft statt. Eine Subventionierung von gewinnorientierten Unternehmen sei nach Art. 199 § 2 CF ausgeschlossen. Zudem verbiete die brasilianische wirtschaftliche Ordnung nach Art. 173 § 4 CF eine willkürliche Erhöhung von deren Ertrag. Mit der Behandlung von privaten Patienten erfülle der Staat letztlich eine Pflicht, die aber die PKV treffe. Die Deckung der Kosten sei gesetzlich und vertraglich eine Pflicht der PKV, welche auf den Staat übertragen worden sei. Die Erstattung habe infolgedessen nur den Charakter eines Ausgleiches, sie stelle keine zusätzliche Einnahme dar und sei damit keine Abgabe.⁵⁰⁷

Nach der zweiten Ansicht sei der SUS nach Art. 196 CF dazu verpflichtet, jeder Person die Gesundheitsversorgung ohne Kosten zu gewährleisten. Das bedeute „Gesundheitsversorgung ohne Kosten“ auch für Dritte. Der Versicherte der PKV habe also „zusätzlich“ das Recht, die öffentliche Versorgung in Anspruch zu nehmen. Ferner sei die Finanzierung der sozialen Sicherheit gemäß Art. 195 CF eine Verantwortung der Gesamtgesellschaft und nicht der Unternehmen allein. Die ungerechtfertigte Bereicherung setze zudem eine aktive Handlung des Unternehmens voraus. Der Versicherte habe hingegen freiwillig den Versicherungsschutz des Unternehmens nicht in Anspruch genommen. Zudem sei das Unternehmen von der Notwendigkeit der Versorgung nicht informiert und habe sie infolgedessen nicht verweigert. Es gebe außerdem zwischen dem SUS und den Unternehmen kein Rechtsverhältnis. Zuletzt habe die Erstattung einen steuerlichen Charakter bzw., erweise sich als Beitrag zur sozialen Sicherheit. Durch diese Regelung beabsichtige der Staat, eine Enteignung durchzuführen. Die Anwendung der Steuer mit enteignender Wirkung sei jedoch

⁵⁰⁶ *Figueiredo*, Curso de Direito de Saúde Suplementar, S. 305 f.

⁵⁰⁷ Ebd., S. 305 f.

nach Art. 150 IV CF verboten. Das Recht sehe also vor, dass die Beträge nicht erstattet würden und den Unternehmen als Ertrag verblieben.⁵⁰⁸

In einer vorläufigen Entscheidung im Verfahren der „direkten Verfassungswidrigkeitsklage“,⁵⁰⁹ sieht der brasilianische Oberste Bundesgerichtshof in der Erstattung keine Schaffung einer Abgabe.⁵¹⁰ Die aktuelle Position des Gerichtes ist also eher für die Erstattung. Die endgültige Entscheidung der Klage steht aber noch aus. Insbesondere über die Erstattung ist zudem eine „außerordentliche Berufung“⁵¹¹ 597.064-RJ beim brasilianischen Obersten Bundesgerichtshof anhängig. Die Berufung wurde vom Gericht am 03. 02. 2009 an den Berichterstatter gegeben und am 10. 12. 2010 wurde die allgemeine Relevanz der verfassungsrechtlichen Frage anerkannt.⁵¹²

⁵⁰⁸ *Esmeraldi/Lopes*, Planos de Saúde no Brasil, S. 53 ff. STF, ADI MC 1931, S. 310 f.

⁵⁰⁹ Die wichtigste Aufgabe des brasilianischen *Obersten Bundesgerichtshofes* (STF) ist nach Art. 102 „Caput“ CF, die Verfassung zu bewahren. Nach Art. 102 I a CF ist der brasilianische Oberste Bundesgerichtshof zuständig zur Entscheidung über direkte Verfassungswidrigkeitsklagen (ADI) gegen Gesetze oder andere normative Akte auf der Ebene des Bundes oder der Bundesländer. Nach Art. 102 I p CF ist ein Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz möglich. Für einen Überblick über die brasilianische Verfassungsgerichtsbarkeit in deutscher Sprache siehe *STF*, Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit in Brasilien: Betrachtungen zur Verfassung von 1988. Obwohl *Marinoni* sich nicht direkt mit der Bedeutung des „normativen Aktes“ befasst, folgere ich aus seiner Darstellung, dass der Begriff dazu dient, nicht nur formelle, sondern auch materielle Gesetze als Gegenstand der direkten Verfassungswidrigkeitsklage zu erfassen. Das können Rechtsverordnungen, sonstige Richtlinien, die durch juristische Personen des öffentlichen Rechts verabschiedet werden, und die Geschäftsordnungen der oberen Gerichte (wie die Geschäftsordnung des brasilianischen Obersten Bundesgerichtshofes und die Geschäftsordnung des brasilianischen Oberen Gerichtshofes) sein. *Marinoni*, in: Sarlet/Marinoni/Mitidiero, Controle de Constitucionalidade, S. 1064 ff.

⁵¹⁰ Brasilien, Supremo Tribunal Federal (STF), Plenum, Berichterstatter: Maurício Correa, Acórdão, Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.931-8 Distrito Federal (ADI MC 1931), D. J. 28. 05. 2004, abrufbar unter: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>, Zugriff am 08. 04. 2014, S. 326 f. Weitere Informationen zum Urteil im Abschnitt „F.II.2 (Die Entscheidung des brasilianischen Obersten Bundesgerichtshofes im Jahr 2003)“.

⁵¹¹ Neben anderen Zuständigkeiten entscheidet der brasilianische Oberste Bundesgerichtshof (STF) über die „außerordentliche Berufung“, wenn die angefochtene Entscheidung durch die einzige oder letzte Instanz entschieden wurde (Art. 102 III CF) und wenn diese Entscheidung zusätzlich entweder: (a) einer Bestimmung der Verfassung widerspricht (Art. 102 III a CF) oder (b) die Verfassungswidrigkeit von Bundesabkommen oder Bundesgesetzen erklärt (Art. 102 III b CF) oder (c) ein Gesetz oder Akt der lokalen Regierung, dessen Verfassungsmäßigkeit bestritten wurde, als gültig erachtet (Art. 102 III c CF) oder (d) ein lokales Gesetz, dessen Vereinbarkeit mit Bundesrecht bestritten wurde, als gültig erachtet (Art. 102 III d CF). Für einen Überblick über die brasilianische Verfassungsgerichtsbarkeit [in deutscher Sprache] siehe *STF*, Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit in Brasilien: Betrachtungen zur Verfassung von 1988.

⁵¹² Informationen erhalten unter: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>, Zugriff am 03. 11. 2016.

E. Der Zusammenhang zwischen Finanzierung und Gestaltung der Absicherung

I. Arten der öffentlichen Absicherung: Fürsorge, Versicherung und Versorgung

In der vergleichenden Forschung reduziert man oft auf Typologien. Unterschiedliche Systeme werden in Gruppen eingeteilt, damit Strukturmerkmale untersucht werden können. Das Gesundheitswesen wird grundlegend in Fürsorge-, Versicherungs- (bismarcksches Modell) und Versorgungssystem (Beveridge-Modell) unterteilt.⁵¹³ Dies sind Leitideen, die einerseits teilweise konkurrieren und sich andererseits ergänzen. Sie können daher auch als Prinzipien bezeichnet werden, die normalerweise in allen Wohlfahrtsstaaten mit unterschiedlicher Intensität vorkommen.⁵¹⁴

Für die Fürsorgesysteme, oder anders gesagt für das Fürsorgeprinzip, spielt die Bedürftigkeitsprüfung eine zentrale Rolle. Die Leistungen erfolgen auf der Grundlage einer sozialen Hilfe und dürften nur stattfinden, wenn eine Eigenvorsorge und Selbsthilfe nicht möglich sind. Zudem sind der Personenkreis und die Leistungshöhe sehr begrenzt. Als Beispiel werden die USA mit ihrem Medicaid-Program als Beispiel genannt. Trotz oder gerade aufgrund des niedrigen Leistungsniveaus und des relativ niedrigen Anteils des BIP, wonach sich die Leistungen richten, ist die Vorstellung verbreitet, dass die Inanspruchnahme möglichst kurz sein sollte. Mit der Bedürftigkeitsprüfung geht eine Stigmatisierung einher. Zudem wird das System oft mit Legitimationsproblemen konfrontiert, da die Finanzierung durch die Gesamtgesellschaft erfolgt, die Leistungen sich aber nur an bestimmte Gruppen richten.⁵¹⁵

Um die Fürsorge zu verstehen ist es notwendig, einen Einblick in ihre Entstehung zu geben. Referenzpunkt dafür ist die Entwicklung in Europa. Die öffentliche Armenpflege oder Fürsorge war einer der Anfangsschritte, bis der Staat soziale Sicherungsfunktionen übernahm. Die Reformation und die Entstehung von Nationalstaaten im 16. Jahrhundert beeinflussten diesen Prozess. Ursprünglich übernahmen die Kirchen die Armenpflege und der Staat übte eine repressive Kontrolle aus. Obwohl der Staat danach zusätzliche Hilfeleistungen gewährte, verblieb die Stigmatisierung als Folge der Fürsorgeleistungen. Mit der Fürsorge sollten nicht nur die arbeitsunfähigen Armen versorgt, sondern auch die selbstverschuldet Verarmten gezwungen werden, eine Arbeit aufzunehmen. Der Empfang von Hilfeleistungen implizierte

⁵¹³ Vgl. *Schölkopf*, Das Gesundheitswesen im internationalen Vergleich, S. 2 ff. *Wendt*, Krankenversicherung oder Gesundheitsversorgung? S. 44 ff. *Sacardo*, As peculiaridades dos sistemas de saúde dos países membros do Mercosul, S.59ff.

⁵¹⁴ Vgl. *Wendt*, Krankenversicherung oder Gesundheitsversorgung? S. 50.

⁵¹⁵ Vgl. ebd., S. 51 ff.

aber für alle Fälle den Verlust der bürgerlichen Rechte. Das Individuum galt als für die Hilfsbedürftigkeit selbst verantwortlich. Mit Blick auf die Finanzierung ist hervorzuheben, dass gegen Ende des 16. Jahrhunderts eine besondere Armensteuer erhoben wurde.⁵¹⁶

Die Veränderung dieses Systems wurde von großen Umwandlungsprozessen in der Gesellschaft des 19. Jahrhunderts begleitet. Im Kontext der Industrialisierung kamen auch das Bevölkerungswachstum und die Entstehung von großen Agglomerationszentren. Im Vergleich mit der Zeit des Feudalismus erreichten Armut und soziale Probleme eine neue Dimension. Zugleich ließen der Zusammenhalt und die entsprechende gegenseitige Hilfe bzw. Verantwortung von traditionellen gesellschaftlichen Organisationsformen, wie zum Beispiel die Sicherungsfunktionen der Verwandtschafts- und Nachbarschaftsbeziehungen, nach. Die Arbeitnehmer wurden gegenüber den Unternehmen benachteiligt. Für beide galt die Vertragsfreiheit, die Prävalenz der Markt- oder Leistungsgerechtigkeit führte aber dazu, dass die Bedarfsgerechtigkeit gegenüber den Arbeitern nicht beachtet wurde. Erst mit der Entstehung der Gewerkschaften wurden die Interessen der Arbeiter besser vertreten.⁵¹⁷

Es gab einen Prozess der Säkularisierung und hier ist als Beispiel zu erwähnen, dass das Eigentum der Kirchen konfisziert wurde, was zumindest in den protestantischen Ländern ihr Hilfspotenzial schwächte. Im Vergleich zur Feudalzeit änderten sich auch die Wertschätzung für das Individuum und dessen Stellung. Es wurde als Träger von autonomen Rechten und Pflichten und als Bürger angesehen. Die Anerkennung eines Anspruchs des Bürgers auf die Sicherung seiner Existenz wuchs. Diese Aufgabe wird dem Staat, nun mit der Nation gleichgesetzt, zugewiesen. Gleichzeitig gewinnt dies eine politische Dimension. Dazu trägt auch die Einführung und Verbreitung des politischen Stimmrechtes bei, weil der Arbeiter nicht mehr nur als Mittel für die Güterherstellung gesehen wurde. Im Laufe des 19. Jahrhunderts verbesserte sich außerdem die staatliche Fähigkeit, Ressourcen und Informationen zu verarbeiten. Die Rationalisierung des öffentlichen Finanzwesens setzt sich durch, die rechtlichen Besteuerungsmöglichkeiten und die ökonomische Leistungsfähigkeit der Bevölkerung dehnen sich aus. Dies sind einige der gesellschaftlichen Entwicklungen, die die Veränderung des Fürsorgesystems begleitet haben.⁵¹⁸

Die Fürsorge entspricht einer bestimmten Gesellschaftsordnung, in welcher kleinere Zellen mehr Hilfe und Verantwortung in Notsituationen gegenüber dem Individuum übernahmen. Obwohl oder gerade weil das Individuum politisch nicht im Vordergrund stand,

⁵¹⁶ Vgl. *Alber*, Vom Armenhaus zum Wohlfahrtsstaat, S. 25 ff.

⁵¹⁷ Ebd., S. 29 ff.

⁵¹⁸ Vgl. ebd., S. 32 ff.

war die Sicherung seiner Existenz in den Verhältnissen des unmittelbaren sozialen Lebens zu finden. Die Fürsorge setzt eine gewisse gesellschaftliche Selbsthilfe voraus. Die Familie, die Nachbarschaft und die Kirchen übernahmen Sicherungsfunktionen bzw. errichteten entsprechende Einrichtungen. Das Individuum ist sich daher zwar nicht vollständig selbst überlassen, der Rekurs auf die Schuldfrage oder auf eine Bedürftigkeitsprüfung aber zeigt, dass eine gewisse Belastung des Individuums stattfindet.

Notsituationen zu vermeiden oder zu beseitigen ist in erster Linie eine Aufgabe des Individuums. Dies bedeutet, dass es weitgehend die Kosten selbst tragen muss. Diese Belastung gibt es so ähnlich auch im aktuellen Marktsystem. Man kann dadurch nachvollziehen, warum das amerikanische Modell auch als unternehmerisch permissives System bzw. als Marktsystem bezeichnet wird. SACARDO bezeichnet das „private Versicherungsmodell“ als eine Art von Gesundheitssystem, das allein durch die Bezahlung der Versicherten finanziert wird. Wie viel der Einzelne bezahlen muss, wird nach dem Risiko und dem Umfang des Versicherungsschutzes berechnet. Die Verträge können individuell oder kollektiv abgeschlossen werden, meistens werden sie über die Arbeitgeber abgeschlossen. Diese Art von Versicherung, so SACARDO, bewirke, dass eine große Ungleichheit entstehe. Die Verträge seien frei geschlossen und gleichzeitig abhängig vom Zahlungspotenzial der Versicherten. Überwiegend sehe der Staat hierum eine Möglichkeit, der Bevölkerung Dienste anzubieten, die im öffentlichen System nicht vorhanden seien. Die privaten Versicherungen spielten insofern eine ergänzende Rolle.⁵¹⁹ Das Thema dieses Unterkapitels sind die Arten der öffentlichen Absicherung gegen Krankheit. Es ist aber anzumerken, dass zwischen einem reinen Marktsystem und der Anwesenheit eines Fürsorgesystems ein Zusammenhang besteht: Beide folgen der gleichen Idee der Selbsthilfe. Zudem ist es in einem wirtschaftlichen System, das das Individuum weitgehend sich selbst überlässt, zumindest in Extremfällen nötig, Unterstützung zu gewährleisten.

Das Fürsorgesystem wurde überholt, aber nicht vollständig beseitigt. Der nächste Schritt in der staatlichen Übernahme sozialer Risiken war die Entstehung der Sozialversicherung. Die erste gesetzliche Absicherung bei Krankheit wurde in Deutschland im Jahre 1883 unter der Regierung des Reichskanzlers Bismarck eingeführt.⁵²⁰ Die Sozialversicherung entstand im Kontext der Industrialisierung während des 19. Jahrhunderts. Veränderungen in den sozialen Strukturen und die prekären Arbeitsbedingungen in den

⁵¹⁹ Vgl. *Sacardo*, As peculiaridades dos sistemas de saúde dos países membros do Mercosul, S. 61 f.

⁵²⁰ *Schölkopf*, Das Gesundheitswesen im internationalen Vergleich, S. 4 f. und Tabelle 2; *Sacardo*, As peculiaridades dos sistemas de saúde dos países membros do Mercosul, S. 60.

Städten verlangten eine staatliche Antwort auf das Problem, um eine Radikalisierung zu vermeiden.⁵²¹ Das dadurch entstandene System aber entsprach nicht dem Vorhaben von Bismarck. Seine Absicht war es, neue Steuerquellen zur Finanzierung zu einschließen und ein System zu schaffen, das die Sozialdemokratie schwächt. Dadurch entstand ein System mit hoher Selbstbeteiligung der Versicherten. Es wurde vor allem durch Beiträge der Arbeitgeber und Arbeitnehmer finanziert. Die Versicherten wurden in die Selbstverwaltung stark miteinbezogen. Aufgrund finanzieller Einschränkungen wurde für einen Teil der Arbeiter eine Pflichtversicherung eingeführt und die Absicherung wurde durch die schon vorhandenen Hilfskassen organisiert. Das Ergebnis war, dass die Sozialdemokratie sowie die Gewerkschaften dadurch gestärkt wurden.⁵²²

Die Sozialversicherung war durch die Gesetze der 1880er Jahre eingeführt worden. Sie hatten als Ziel, vor den Folgen der Risiken Krankheit, Unfall, Invalidität und Alter zu schützen. Dieses System hat die traditionelle Armenfürsorge ersetzt.⁵²³ In diesem Kontext entstand grundsätzlich eine Art von öffentlichem Gesundheitswesen, das als Versicherungssystem bezeichnet werden kann.

Ursprünglich beruhen in Versicherungssystemen die Leistungsansprüche auf vorher geleisteten Beiträgen.⁵²⁴ Diese Beiträge werden inzwischen in der Regel einkommensproportional kalkuliert⁵²⁵ bzw. aus dem Arbeitsentgelt berechnet.⁵²⁶ Die Leistungen richten sich nach dem Bedarf und nicht nach der Zahlungsfähigkeit.⁵²⁷ Daraus folgt eine finanzielle Umverteilung, die gleichzeitig ein Expansionspotenzial des Personenkreises bringt.⁵²⁸ Diese Charakteristika heben einerseits die Solidarität und andererseits die Eigenverantwortung hervor.⁵²⁹ Die Funktion des Staates ist hier nur mittelbar. Er bestimmt die rechtlichen Konturen, die Steuerung findet aber durch die Selbstverwaltung statt, in der die Krankenkassen und Leistungserbringer repräsentiert sind.⁵³⁰ Die Finanzierung

⁵²¹ Vgl. *Sacardo*, As peculiaridades dos sistemas de saúde dos países membros do Mercosul, S. 60.

⁵²² Vgl. *Ritter*, Der Sozialstaat, S. 85 ff.

⁵²³ Ebd., S. 62.

⁵²⁴ Vgl. *Wendt*, Krankenversicherung oder Gesundheitsversorgung? S. 44, S. 53. Hier stelle ich nicht die GKV, sondern die Typologie der Absicherungsformen vor. Für die deutsche GKV gilt dass die Leistung zu gewähren ist, wenn die Anspruchsvoraussetzungen vorliegen. „Ein Leistungsanspruch setzt neben dem Bestehen der Versicherung und einer Mitgliedschaft oder Familienversicherung voraus, dass ein Versicherungsfall vorliegt“. *Becker/Kingreen*, Einführung, in: SGB V, S. XXIII.

⁵²⁵ Vgl. *Wendt*, Krankenversicherung oder Gesundheitsversorgung?, S. 54.

⁵²⁶ Vgl. *Schölkopf*, Das Gesundheitswesen im internationalen Vergleich, S. 2.

⁵²⁷ Vgl. ebd., S. 2; vgl. *Wendt*, Krankenversicherung oder Gesundheitsversorgung? S. 53 f.

⁵²⁸ Vgl. *Wendt*, Krankenversicherung oder Gesundheitsversorgung? S. 53f.

⁵²⁹ Vgl. *Alber*, Vom Armenhaus zum Wohlfahrtsstaat, S. 41.

⁵³⁰ Vgl. *Schölkopf*, Das Gesundheitswesen im internationalen Vergleich, S. 2.

wird auf den einzelnen Versicherten, die Arbeitgeber und den Staat verteilt.⁵³¹ Der Leistungsanspruch konkretisiert sich in Sachleistung oder Kostenerstattung und die Leistungserbringung erfolgt öffentlich, gemeinnützig oder privatwirtschaftlich.⁵³² Die Absicherung hängt von einer Erwerbstätigkeit ab,⁵³³ und nur die ausgewählten Personengruppen sind abgesichert.⁵³⁴ Da das Versichert-Sein in Versicherungssystemen von einer Erwerbstätigkeit abhängig ist und sich das Versicherungsprinzip am Versicherungsfall orientiert, sind die Absicherung von Nichterwerbstätigen und Leistungen der Prävention nicht garantiert. Daraus resultiert die Forderung, solche zusätzlichen Dimensionen aus Steuern zu finanzieren.⁵³⁵

Im Gegensatz zur Armenfürsorge begründeten die Sozialversicherungen einen individuellen Rechtsanspruch und die Leistungen wurden nach dem neuen Modell einheitlich fixiert.⁵³⁶ Im Vergleich zu privaten Versicherungen unterscheiden sich die Sozialversicherungen durch die Berücksichtigung sozialer Aspekte für Beiträge und Leistungen. Zudem sind die schlechten Risiken nicht benachteiligt.⁵³⁷ In Fürsorgesystemen sind der Personenkreis und die Leistungshöhe sehr begrenzt. Die Sozialversicherung hingegen bietet die Möglichkeit, weitere schutzbedürftige Gruppen mit einzuschließen.⁵³⁸ Andererseits hatten die Versicherungssysteme ursprünglich auch nicht das Ziel, alle Teile der Gesellschaft zu schützen, sondern nur diejenigen, die zur Solidargemeinschaft gehören.⁵³⁹ Es hat aber eine Ausdehnung des Personenkreises stattgefunden. Zuerst wurde der Versicherungsschutz auf die Familienangehörigen ausgeweitet. Norwegen hat dies 1909 gemacht, die anderen Länder Westeuropas zwischen 1930 und 1946. Die Versicherung in Deutschland schloss 1941 die Rentner und im Jahr 1971 die Landwirte mit ein. Nach diesem Zeitpunkt haben in allen Ländern Westeuropas außer in der Schweiz einige Gruppen von Selbständigen eine öffentliche Absicherung erhalten.⁵⁴⁰ Es ist aber nicht zu unterschätzen, dass die Sozialversicherung auf der Grundlage eines sozialen Beitrags erfolgt. Die Personen, die keine Beiträge tragen können, sind deswegen tendenziell ausgeschlossen. Dieses Deckungsproblem

⁵³¹ Vgl. Alber, Vom Armenhaus zum Wohlfahrtsstaat, S. 41.

⁵³² Vgl. Schölkopf, Das Gesundheitswesen im internationalen Vergleich, S. 2, Tabelle 1.

⁵³³ Vgl. Wendt, Krankenversicherung oder Gesundheitsversorgung? S. 44, m. w. N.

⁵³⁴ Vgl. Schölkopf, Das Gesundheitswesen im internationalen Vergleich, S. 2, Tabelle 1.

⁵³⁵ Vgl. Wendt, Krankenversicherung oder Gesundheitsversorgung? S. 54 m. w. N.

⁵³⁶ Vgl. Ritter, Der Sozialstaat, S. 63.

⁵³⁷ Vgl. ebd., S. 63.

⁵³⁸ Vgl. Wendt, Krankenversicherung oder Gesundheitsversorgung? S. 53.

⁵³⁹ Ebd., S. 46.

⁵⁴⁰ Alber, Vom Armenhaus zum Wohlfahrtsstaat, S. 54 f.

wurde in der Nachkriegszeit durch die Sozialhilfe gelöst, in der es eine Bedürftigkeitsprüfung gibt.⁵⁴¹

Eine weitere Ausdehnung des Personenkreises fand mit der Entstehung des Versorgungssystems statt. Zudem verlor die Bedürftigkeitsprüfung noch mehr an Bedeutung, da keine „Ergänzung“ der öffentlichen Absicherung gegen die Folgen von Krankheit durch die Sozialhilfe notwendig war.

In England schrieb Lord Beveridge zum Ende des zweiten Weltkrieges im Kontext einer sozialen und wirtschaftlichen Krise den sogenannten „Beveridge Report“. Die Grundidee dieses Dokumentes war, dass jedes Mitglied einer Gemeinschaft das Recht haben sollte, durch die Leistungen der Sozialversicherung geschützt zu werden. Der Staat sollte die notwendigen Finanzmittel bereitstellen, um gegen die Folgen der Risiken Arbeitslosigkeit, Krankheit und Alter abzusichern. In diesem Kontext ist das Versorgungssystem entstanden, das unter anderem als nationaler Gesundheitsdienst, als Volksversicherung oder als Universalistisches System bezeichnet wird.⁵⁴²

Die Versorgungssysteme haben die Zugehörigkeit zur Gesellschaft bzw. die Gleichheit der Staatsbürgerschaft als Basis.⁵⁴³ Grundlage ist die Idee des Gesellschaftsvertrags.⁵⁴⁴ In der Regel ist die gesamte Wohnbevölkerung versichert und es ist eine universelle Basissicherung vorgesehen.⁵⁴⁵ Das Ziel ist es, Statusgleichheit herzustellen.⁵⁴⁶ Die Finanzierung erfolgt durch Steuern und die Verwaltung des Systems wird durch den Staat ausgeübt. Der Leistungsanspruch konkretisiert sich in Sachleistungen und die Leistungserbringung erfolgt öffentlich, sodass der Staat die Kapazitäten plant und die Versorgung überwiegend selbst bereitstellt.⁵⁴⁷

Es wird berichtet, dass der Wirtschaftswissenschaftler Beveridge, der mit Keynes eine wirtschaftliche Ordnung für England nach dem Zweiten Weltkrieg formuliert habe, an ein Transfersystem auf der Grundlage gewöhnlicher Versicherungsprinzipien gedacht habe. Die Transferleistungen des Staates seien nur für die Fälle gedacht gewesen, in denen die Personen

⁵⁴¹ Vgl. *Castles*, International Social Security Review, Vol. 50, 2/1997, 25 (26).

⁵⁴² Vgl. *Sacardo*, As peculiaridades dos sistemas de saúde dos países membros do Mercosul, S. 61; vgl. *Wendt*, Krankenversicherung oder Gesundheitsversorgung? S. 54; vgl. *Alber*, Vom Armenhaus zum Wohlfahrtsstaat, S. 50; vgl. *Esping-Andersen*, The Three Worlds of Welfare Capitalism, S. 25.

⁵⁴³ Vgl. *Wendt*, Krankenversicherung oder Gesundheitsversorgung? S. 44, S. 54.

⁵⁴⁴ Vgl. *Christoffersen*, in: *Mullard/Lee*, Social policy in Denmark, S.181ff.

⁵⁴⁵ Vgl. *Schölkopf*, Das Gesundheitswesen im internationalen Vergleich, S. 2 f., auch die Tabelle 1; vgl. *Wendt*, Krankenversicherung oder Gesundheitsversorgung? S.54.

⁵⁴⁶ *Wendt*, Krankenversicherung oder Gesundheitsversorgung? S.55; *Esping-Andersen*, The Three Worlds of Welfare Capitalism, S. 25.

⁵⁴⁷ Vgl. *Alber*, Vom Armenhaus zum Wohlfahrtsstaat, S. 45; vgl. *Schölkopf*, Das Gesundheitswesen im internationalen Vergleich, S. 2 f. auch Tabelle 1.

sich selbst nicht versichern konnten. Beveridge habe außerdem nur die Notwendigkeit von begrenzten Leistungen gesehen. Dieses System sollte das Existenzminimum gewähren, allerdings jede weitere Absicherung der Wahl des Einzelnen überlassen.⁵⁴⁸ Gerade das *National Minimum* ohne umfassende Versorgung hätte die Funktion, die bürgerlichen und politischen Rechte zu schützen und zudem auch die Eigenvorsorge und Selbsthilfe zu fördern. Eine *minimale Gesundheitsversorgung* sei aber schwierig zu definieren und zu legitimieren gewesen. Beveridges Idee habe deswegen nicht bestehen können.⁵⁴⁹

Ziel des Versorgungssystems sei, Statusgleichheit herzustellen und gleiche Rechte zu gewährleisten, ungeachtet der Klassenunterschiede oder der Stellung am Markt. Dies weise darauf hin, dass Solidarität innerhalb der Schichten der Gesellschaft bzw. innerhalb des Landes gesucht werde. Aber die Universalität einer einheitlich knapp bemessenen Grundsicherung setze eine Gesellschaftsstruktur voraus, in der die meisten dies wegen ihrer schlechten wirtschaftlichen Lage als ausreichend empfinden. Wenn aber der Mittelstand wächst, funktioniere das System nicht mehr. Denn die Bessergestellten wechselten zur privaten Versicherung und es verblieben nur die Armen im System. Ein Dualismus entstehe, welcher dem des Fürsorgesystems ähnlich sei.⁵⁵⁰ Es bestehe dann nur noch der Unterschied, dass es keine stigmatisierende Bedürftigkeitsprüfung und keinen Verlust politischer Rechte gebe.⁵⁵¹ WENDT nimmt dies zur Grundlage für seine Einschätzung, dass im Versorgungssystem Ungleichheit wiederhergestellt werde, insbesondere wenn das Leistungsniveau gering ist und wenn ein wachsender Anteil der Bevölkerung zusätzliche private Versicherungen nachfragt. In Krisensituationen werde dann nur ein Teil der Bevölkerung über eine umfassendere Absicherung verfügen.⁵⁵²

Die Versorgungssysteme sind aus Steuern finanziert. Das verleiht dem Staat eine erhöhte Legitimation zu regulieren. Die Struktur der Versorgungssysteme ist eher einheitlich und die Zuständigkeiten sind deshalb vergleichsweise klar, was die Durchführung der Vorhaben einfacher macht. Das ist anders als in Versicherungssystemen, wo die Zuständigkeiten im Gesundheitssystem auf Krankenversicherungsträger, Ärzteverbände und den Staat verteilt sind, was eine Regulierung komplizierter macht.⁵⁵³ Hier gilt als möglicher

⁵⁴⁸ Vgl. Christoffersen, in: Mullard/Lee, Social policy in Denmark, S. 185.

⁵⁴⁹ Wendt, Krankenversicherung oder Gesundheitsversorgung? S. 46.

⁵⁵⁰ Esping-Andersen, The Three Worlds of Welfare Capitalism, S. 25.

⁵⁵¹ Vgl. Alber, Vom Armenhaus zum Wohlfahrtsstaat, S. 45 f. Der Autor sieht dies als einzigen Unterschied, wenn das Versorgungssystem ausschließlich aus allgemeinen Steuern finanziert wird.

⁵⁵² Wendt, Krankenversicherung oder Gesundheitsversorgung? S. 55.

⁵⁵³ Vgl. ebd., S. 55.

Nachteil, dass es umso schwieriger wird, ein System zu verändern, je unabhängiger es ist.⁵⁵⁴ Allerdings ist eine Steigerung der Gesundheitsausgaben für Versorgungssysteme mit einer Steuererhöhung verbunden. Aus der Steuerfinanzierung ergibt sich außerdem eine gewisse Konkurrenz mit anderen Staatsausgaben.⁵⁵⁵

WENDT spricht das Problem an, dass die Versicherungssysteme wegen der Individualisierung sicherer seien, wohingegen die Versorgungssysteme kein einklagbares Recht enthalten könnten, da die Rechte angesichts des staatlichen Gestaltungsspielraums ständig eingeschränkt werden könnten.⁵⁵⁶ Dennoch kommt er zu der Auffassung, dass es sich auch im Versorgungssystem um ein einklagbares Recht handeln solle, da die entsprechenden Rechte die Teilnahme am gesellschaftlichen Leben ermöglichen. Wenn die Integration des Einzelnen wirklich ein Ziel sei, müssten die verbundenen Rechte konsequenterweise Rechte des Individuums sein.⁵⁵⁷ Hier liegt kein Unterschied zwischen Versicherungs- und Versorgungssystem.⁵⁵⁸ Die Ansprüche unterscheiden sich aber in der Wirksamkeit. Die konkrete Durchsetzung und die entsprechend konkreten Beträge im Haushalt, die für jede Aufgabe bereitgestellt werden, müssen regelmäßig diskutiert und harmonisiert werden. Die Beitragsfinanzierung hat nach Auffassung von OFFE genau die Funktion, diese Mittel dem politischen Prozess zu entziehen und damit auch einer Nutzung für andere Zwecke.⁵⁵⁹ Wie schon vorher zitiert, behauptet CASTLES, dass die Sozialversicherungssysteme diejenigen Personen ausgrenzten, die keine Beiträge tragen können.⁵⁶⁰ Daraus zieht WENDT den Schluss, dass das im Versicherungssystem grundsätzlich größere Ausmaß an individueller Sicherheit im Vergleich zu Versorgungssystemen durch die Ausgrenzung von Teilen der Bevölkerung erreicht werde.⁵⁶¹ Auch wenn das System die Problematik der Ausgrenzung reduziert haben könne, bleibe möglicherweise die Unsicherheit bezüglich der Form der Absicherung in Fällen wie Arbeitslosigkeit, geringfügiger Beschäftigung oder Scheidung. Dadurch könne die Legitimation des Systems geschwächt werden.⁵⁶²

⁵⁵⁴ Vgl. *Castles*, *International Social Security Review*, vol. 50, 2/1997, 25 (28).

⁵⁵⁵ Vgl. *Wendt*, *Krankenversicherung oder Gesundheitsversorgung?* S. 55.

⁵⁵⁶ Vgl. ebd., S. 45 f. m. w. N. Dieses Argument ist nur ein Aspekt der Rationalisierung im Bereich des Rechtes auf Sozialleistungen. Dazu *Sarlet*, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, S. 274 ff., insbesondere S. 287.

⁵⁵⁷ Vgl. *Wendt*, *Krankenversicherung oder Gesundheitsversorgung?* S. 45 f. m. w. N. Zur Einklagbarkeit siehe beispielsweise „Anhang E: Zusammenfassung der STA 175 AgR“.

⁵⁵⁸ Hinweise auf den Unterschied gebe ich im folgenden Abschnitt „E.II.5“.

⁵⁵⁹ *Offe*, in: *Sachße/Engelhardt*, *Akzeptanz und Legitimität strategischer Optionen in der Sozialpolitik*, S. 184.

⁵⁶⁰ *Castles*, *International Social Security Review*, vol. 50, 2/1997, 25 (26).

⁵⁶¹ *Wendt*, *Krankenversicherung oder Gesundheitsversorgung?* S. 46.

⁵⁶² Ebd., S. 46 f.

II. Die Finanzierung und die Struktur der Absicherung gegen Krankheit

1. Die öffentliche und die private Finanzierung

Die Kosten des Gesundheitssektors müssen gedeckt werden. Dafür stehen unterschiedliche Methoden zur Verfügung, insbesondere die öffentliche Finanzierung einerseits und die private Finanzierung andererseits. Aus diesen zwei Alternativen kann man weitere Formen ableiten. Die private Finanzierung erfolgt hauptsächlich entweder durch (1) die Tragung von Prämien für eine PKV oder durch (2) die direkte Bezahlung des Leistungserbringers durch den Einzelnen. Die öffentliche Finanzierung erfolgt grundsätzlich entweder (3) durch eine Pflichtversicherung, besser gesagt durch einen Beitrag mit Zwangscharakter, der durch den Staat verwaltet bzw. reguliert wird oder (4) durch Steuern, Beiträge und Gebühren, die durch den Staat erhoben werden.⁵⁶³

Die Methoden der privaten und der öffentlichen Finanzierung können aber kombiniert werden. Hier kommen zunächst Subventionen in Betracht, das heißt die direkte oder die indirekte Übertragung von öffentlichen Geldern auf den privaten Sektor. In diesem Zusammenhang gibt es beispielweise (a) die einfache Überweisung, (b) den vollständigen oder den partiellen Verzicht auf Abgaben und (c) den Abzug der Ausgaben für Gesundheit aus der Einkommensteuer der natürlichen und der juristischen Personen des Privatrechts.⁵⁶⁴ Für die öffentliche Absicherung stellt sich die Möglichkeit (d) der privaten Selbst- oder Zuzahlung. In diesem Fall muss der Versicherte nicht gedeckte Kosten bzw. den Leistungserbringer selbst bezahlen. Die Möglichkeiten der Selbst- oder Zuzahlungen stellen sich aber auch für die PKV; in diesem Fall findet eine größere Belastung des Individuums aufgrund der Kosten statt.⁵⁶⁵

Ein Beispiel für Zuzahlungen findet sich in der deutschen GKV in § 61 SGB V.⁵⁶⁶ Im brasilianischen *SUS* verpflichtet sich der Staat, die Arzneimittelversorgung durch seine eigene Leistungserbringung zu gewährleisten. Hier treten Vereinbarungen zwischen den drei

⁵⁶³ Cohn/Elias, Saúde no Brasil, S. 95 ff.

⁵⁶⁴ Ebd., S. 95 ff.

⁵⁶⁵ Vgl. Wendt, Krankenversicherung oder Gesundheitsversorgung? S. 148 ff. und S. 166 ff.; Vgl. Cohn/Elias, Saúde no Brasil, S. 95 ff.

⁵⁶⁶ „Zuzahlungen, die Versicherte zu leisten haben, betragen 10 vom Hundert des Abgabepreises, mindestens jedoch 5 Euro und höchstens 10 Euro; allerdings jeweils nicht mehr als die Kosten des Mittels. Als Zuzahlungen zu stationären Maßnahmen werden je Kalendertag 10 Euro erhoben. Bei Heilmitteln und häuslicher Krankenpflege beträgt die Zuzahlung 10 vom Hundert der Kosten sowie 10 Euro je Verordnung. Geleistete Zuzahlungen sind von dem zum Einzug Verpflichteten gegenüber dem Versicherten zu quittieren; ein Vergütungsanspruch hierfür besteht nicht.“

Regierungsebenen (Bund, Bundesländer und Gemeinden) entsprechend ihren Kompetenzen hinzu. Solche konkreten Gestaltungen werden untergesetzlicher Ebene durchgeführt.⁵⁶⁷ Obwohl keine Zuzahlungen vorgesehen sind, ist nicht garantiert, dass die Medikamente, die im *SUS* verschrieben werden, auch im öffentlichen Gesundheitsdienst erhältlich sind. Diese Unsicherheit besteht auch bezüglich der Medikamente, die in den Vereinbarungen der Regierungsebenen enthalten sind. Durch eine Befragung in der Gemeinde *Campinas* wurde beispielsweise festgestellt, dass auch bei den Personen, die keine PKV haben, die Arzneimittelversorgung durch den öffentlichen Gesundheitsdienst niedrig ist. Dies sind Personen, die sehr wahrscheinlich im Krankheitsfall der öffentlichen Krankenversorgung bedürfen. Diese Studie hat festgestellt, dass nur 46,5 % der Personen, die angeben, Medikamente zu benutzen, diese aus dem öffentlichen Gesundheitsdienst erworben haben.⁵⁶⁸

An dieser Studie kann man sehen, dass der Zugang zur Arzneimittelversorgung auf breiter Basis durch Befragungen innerhalb der Bevölkerung erforscht wird. Trotzdem bleiben viele Fragen offen: Ist die Versorgung der Arzneimittel sichergestellt, die in den Vereinbarungen vorgesehen sind? Besteht Einigkeit zwischen der Verwaltung und den Leistungserbringern bezüglich dieser Vereinbarungen und der Arzneimittel, die tatsächlich verschrieben werden? Werden Maßnahmen dafür getroffen? Gibt es Institutionen und Verfahren zur Überprüfung und für Fällen, in denen ausnahmsweise eine Abweichung gerechtfertigt ist?⁵⁶⁹ Es ist nämlich wenig sinnvoll, sich zur Versorgung zu verpflichten, dann aber die Medikamente nicht bereitzustellen. Wenig sinnvoll ist auch, sich auf bestimmte Medikamente festzulegen, während die Leistungserbringer ohne hinreichenden Grund davon abweichen. Obwohl diese Studien nur unsichere Ergebnisse liefern können, weisen sie zumindest darauf hin, dass obwohl offiziell keine Zuzahlungen vorgesehen sind, solche möglicherweise immer noch indirekt vorkommen. Solchenfalls gäbe es Kosten, die den Einzelnen belasten.

Durch die Finanzierung erfolgt eine Umverteilung und dies entscheidet, wie groß der Versichertenkreis sein kann. Im steuerfinanzierten und im durch Sozialversicherungsbeiträge finanzierten System ist die Umverteilung am größten. Die privaten Selbst- oder Zuzahlungen

⁵⁶⁷ Vgl. *Barbosa*, *Direito à Saúde e Solidariedade*, S. 37 ff.

⁵⁶⁸ Vgl. *Costa/Francisco/Barros*, *Cad. Saúde Pública*, 32(1), Jan. 2016, 1 (9).

⁵⁶⁹ Diese letzte Frage kann man mit hoher Wahrscheinlichkeit mit nein beantworten. Das kann man aus der Entscheidung des brasilianischen Obersten Bundesgerichtshofes bezüglich der STA 175 AgR ableiten. Dazu siehe Anhang E.

und die Beiträge für eine PKV verursachen hingegen einen Ausschluss von weiten Teilen der Bevölkerung.⁵⁷⁰

Die unterschiedlichen Gestaltungen der Finanzierung stehen innerhalb eines Spektrums zwischen öffentlicher und privater Finanzierung. Mit anderen Worten, schwankt die Finanzierung des Gesundheitssektors zwischen der Tragung der Kosten durch die Allgemeinheit und der Finanzierung durch den Einzelnen. Hier ergibt sich auf hinsichtlich der Finanzierung der gleiche Befund wie schon im vorherigen Unterkapitel. Das Fürsorgesystem, das Versicherungssystem und das Versorgungssystem haben als Hintergrund entweder den Gedanken einer Betonung der Selbsthilfe, eines Gleichgewichtes zwischen Selbstverantwortung und Solidarität oder einer Betonung der Solidarität. So ist im Idealfall die Tragung der Kosten durch den Einzelnen ein Ausdruck der Selbsthilfe und die Tragung der Kosten durch die Allgemeinheit, d.h. die öffentliche Finanzierung, ein Ausdruck der Solidarität.

2. Steuer vs. Beitragsfinanzierung

Steuern und Beiträge sind unterschiedliche Methoden, um die öffentliche Absicherung zu finanzieren. Der Unterschied zwischen beiden kann durch die Funktionsweise erklärt werden.

Beiträge sind zweckgebunden und werden den Verbänden (z.B. Körperschaften) oder den Einrichtungen (z.B. Anstalten) zugewiesen.⁵⁷¹ Es geht darum, dass öffentliche Einrichtungen und Anlagen hergestellt, angeschafft oder erweitert werden. Die Beiträge werden von den Personen getragen, die die Einrichtung bzw. Anlage potenziell nutzen.⁵⁷² Im Bereich der Sozialversicherung verbindet der Beitrag die Sicherung und die Tragung der Finanzierung. Sie sind die Motivation für den Beitrag. Den Beitrag leistet, wer die Dienste potenziell nutzt, oder die Personen, die für den potenziellen Nutzer einzutreten haben.⁵⁷³ Die Erhebung von Gebühren ist ihrerseits an die Inanspruchnahme einer konkreten Leistung geknüpft; das Äquivalenzprinzip findet hier Anwendung. Die Steuerfinanzierung ist hingegen für den Staat die flexibelste Art:⁵⁷⁴ eine Abgabe, der keine spezifische Gegenleistung

⁵⁷⁰ Vgl. *Wendt*, Krankenversicherung oder Gesundheitsversorgung? S. 145, S. 148.

⁵⁷¹ Vgl. *Zacher*, in: *Zacher*, Die Rolle des Beitrags, S. 23.

⁵⁷² *Fehrenbacher*, Steuerrecht, Rn. 14.

⁵⁷³ Vgl. *Zacher*, in: *Zacher*, Die Rolle des Beitrags, S.23f.

⁵⁷⁴ *Fehrenbacher*, Steuerrecht, Rn. 1 und Rn. 13.

entspricht⁵⁷⁵ und welche grundsätzlich nicht zweckgebunden ist.⁵⁷⁶ Die Steuereinnahmen decken den allgemeinen Finanzbedarf⁵⁷⁷ und sind die wichtigsten Einnahmequellen des Staates.⁵⁷⁸ Für besondere Aufgaben außerhalb der allgemeinen Haushaltspläne stehen ausnahmsweise die Sonderabgaben zur Verfügung.⁵⁷⁹ Die deutsche Rechtsprechung kennt aber die Zweckbindung der Steuern und beurteilt diese Möglichkeit als zulässig.⁵⁸⁰ In Brasilien ist diese Möglichkeit in der Verfassung z.B., wie nachher beschrieben wird, für die Finanzierung des öffentlichen Gesundheitswesens vorgesehen.

Der erfasste Personenkreis muss für die Beitragsfinanzierung abgegrenzt werden, demnach muss dieser als Solidargemeinschaft begriffen werden. Diese Solidargemeinschaft ist aber kleiner als die allgemeine staatliche Sozialgemeinschaft. Es wird sogar behauptet, dass, je allgemeiner ein Sicherungssystem ist, desto geringer die Möglichkeiten und die Funktion eines Beitrages wären. Außerdem wirke der Beitrag einer allgemeinen Versorgung entgegen.⁵⁸¹ Dieser Finanzierungsmethode wird eine restriktive Wirkung auf den Zugang zur sozialen Sicherung zugeschrieben. Die Zugehörigkeit zum Personenkreis wird zur Bedingung der sozialen Sicherung.⁵⁸² Man darf hier das Problem der Beitragsfähigkeit nicht unterschätzen. Wer nicht bezahlen kann und für wen niemand Beiträge leisten muss, wird im Prinzip nicht abgesichert.⁵⁸³ Die Zweige oder Arten der sozialen Sicherung müssen miteinander koordiniert werden, z.B. wie man das Problem des Verlustes des Erwerbseinkommens und der Beitragsfähigkeit löst; die Sozialleistungen müssen im Zusammenhang gesehen werden.⁵⁸⁴ Die Lücken in der Deckung werden grundsätzlich durch einen Ausgleich zwischen den Solidargemeinschaften beseitigt, anders gesagt durch einen Ausgleich zwischen den unterschiedlichen sozialen Sicherungen, z. B. mit der Tragung der Krankenversicherungsbeiträge durch die Arbeitslosenversicherung.

Ausgangspunkt ist hier der Zusammenhang von Beiträgen als geeigneter Weise, um Sicherungseinrichtungen für spezifische Solidargemeinschaften zu finanzieren, und der organisatorischen Verselbständigung der sozialen Sicherung, also der Selbstverwaltung. Wenn wir hervorheben, dass die Solidargemeinschaft enger ist als die allgemeine

⁵⁷⁵ Vgl. für Deutschland *Fehrenbacher*, Steuerrecht, Rn. 11. Vgl. für Brasilien Art. 145 i. V. m. Art. 167, IV CF sowie Art. 16 des Nationalen Steuergesetzbuches (CTN).

⁵⁷⁶ Vgl. *Seer*, in: Tipke, Finanzverfassungsrechtliche Grundlagen der Steuerrechtsordnung, Rn. 16.

⁵⁷⁷ Vgl. ebd., Rn. 15.

⁵⁷⁸ Vgl. *Bornhofen/Bornhofen*, Steuerlehre, S. 2.

⁵⁷⁹ Vgl. *Seer*, in: Tipke, Finanzverfassungsrechtliche Grundlagen der Steuerrechtsordnung, Rn. 25.

⁵⁸⁰ Vgl. ebd., Rn. 15f.

⁵⁸¹ Vgl. *Zacher*, in: *Zacher*, Die Rolle des Beitrags, S. 25f.

⁵⁸² Vgl. ebd., S. 26.

⁵⁸³ Vgl. *Castles*, International Social Security Review, vol. 50, 2/1997, 25 (26).

⁵⁸⁴ Vgl. *Zacher*, in: *Zacher*, Die Rolle des Beitrags, S. 26.

Sozialgemeinschaft, können wir auch folgern, dass die Nähe zum Individuum größer wird. Die Selbstverwaltung vertieft diese Nähe. Die Beitragszahlung wird sogar als Hintergrund für die Partizipation der Zahler in der Organisation der sozialen Sicherung gesehen. Es kann darüber gestritten werden, ob es in der heutigen GKV eine wahre Partizipation gibt. Der Zusammenhang zwischen engerer Solidargemeinschaft, Beitragszahlung und Selbstverwaltung bildet aber eine Struktur, die dem Individuum näher steht, als es für die gesamte Staatsverwaltung der Fall wäre. Der Einzelne bekommt eine stärkere Position im System nicht nur als jemand, der Versicherungsschutz bekommt, sondern auch als jemand, der zur Finanzierung unmittelbar beiträgt. So verstehe ich die Behauptung, wonach aus der Beitragszahlung ein geschützter Besitzstand folge, anders gesagt, der Anspruch auf soziale Sicherung zu einer Art Eigentum werde.⁵⁸⁵ In diese Richtung gehen auch Ansätze, wonach in Versicherungssystemen die Ansprüche des Individuums durch Vorleistung erworben werden müssen.⁵⁸⁶ Das verleihe ein höheres Maß an individueller Sicherheit. Das ist möglich, weil die Solidargemeinschaft aus der gesamten Bevölkerung ausgegliedert wird.⁵⁸⁷

Die Beiträge bedeuten grundsätzlich die Ausgliederung von besonderen „Haushalten“ aus dem allgemeinen Staatshaushalt.⁵⁸⁸ Diese Ausgliederung bedeutet auch, dass der finanzpolitische Entscheidungsprozess separiert wird. Die potentielle Überforderung aufgrund der Vielfalt von Möglichkeiten wird daher minimiert⁵⁸⁹ und die Konkurrenz mit anderen Staatsausgaben wird vermieden.⁵⁹⁰ Es wird sogar vertreten, dass es eine Funktion der Beitragsfinanzierung sei, die Nutzung der Finanzmittel für versicherungsfremde Leistungen auszuschließen und außerdem eine gewisse Entpolitisierung des Entscheidungsprozesses zu erreichen. Das sei möglich, da eine zuverlässige Distanz zur staatlichen Souveränität und zur Gesetzgebung geschaffen werde. Nach dieser Auffassung wird der Haushalt der sozialen Sicherheit als *kollektives Privateigentum* bezeichnet. Innerhalb der Solidargemeinschaft hätten die Personen unterschiedliche Gesundheitszustände. Die Kosten der Therapien seien variabel. Die Dauer des Lebens der Versicherten sei unterschiedlich, außerdem könne eine Familie von kinderlos bis kinderreich sein. Daher finde aber eine Umverteilung statt.⁵⁹¹ Das alles unterstreicht den Charakter dieses *kollektiven Privateigentums* als etwas, das zwischen privat und öffentlich einzuordnen ist.

⁵⁸⁵ Vgl. ebd., S. 24 ff.

⁵⁸⁶ Wendt, Krankenversicherung oder Gesundheitsversorgung?, S. 38.

⁵⁸⁷ Vgl. ebd., S. 46 m. w. N.

⁵⁸⁸ Zacher, in: Zacher, Die Rolle des Beitrags, S. 28.

⁵⁸⁹ Vgl. ebd., S. 29.

⁵⁹⁰ Vgl. Wendt, Krankenversicherung oder Gesundheitsversorgung?, S. 55.

⁵⁹¹ Offe, in: Sachße/Engelhardt, Akzeptanz und Legitimität strategischer Optionen in der Sozialpolitik, S. 183 f.

Es genügt nicht, dass der Staat es übernommen hat, ein Problem zu lösen. Auch die Form der Problemlösung ist wesentlich. Dies beschreibt OFFE und führt außerdem aus, dass trotz der Gegensätze die relevanten Akteure die Lösung als akzeptabel ansehen müssten. Er denkt, die institutionelle Antwort der deutschen Sozialversicherung ermögliche es, dieses Gleichgewicht zu erreichen, weswegen sie ein ganzes Jahrhundert grundsätzlich unverändert geblieben sei. Der Autor hebt hervor, dass dies dadurch erreicht werde, dass eine Konvergenz zwischen dem Vertrauen in die Zukunft und der Solidarität stattfindet. Die Gefühle von Unsicherheit und Missgunst seien minimiert. Dies schaffe das Vertrauen, dass die getätigten Beiträge sich später in Leistungen konkretisieren werden und diejenigen Personen Leistungen erhalten, die durch die Einzahlung von Beiträgen oder die Erfüllung anderer Voraussetzungen eine Berechtigung für Leistungen erworben haben. Das Prinzip der *Pflichtversicherung* biete durch die Beiträge zudem Sicherheit und Stabilität für die Einnahmen der öffentlichen Absicherung. Der Beitragszahler könne sich nicht erst der Finanzierung entziehen und dann später in einer Notlage Leistungen verlangen. Das *Äquivalenzprinzip* minimiere die Umverteilung und nach dem *Konditionalprinzip* stellten Bedarfs- oder Bedürftigkeitsprüfung keine Anspruchsvoraussetzungen dar. Die Beitragsbemessungsgrenze Sorge dafür, dass die Bereitschaft der Besservermögenden zur Solidarität nicht strapaziert wird. Die Beitragsfinanzierung schütze vor der Verwendung der Mittel für versicherungsfremde Umverteilungsvorhaben. Die Separation des Systems werde durch eine *para-staatliche Selbstverwaltung* und durch die Parität der Beiträge von Arbeitnehmern und Arbeitgebern vertieft.⁵⁹²

Die Zweckbindung der Beitragsfinanzierung habe aber ambivalente Wirkungen. Blieben Defizite in den Einnahmen für die Aufgabenerfüllung, bestünden Widerstände, sie durch allgemeine Finanzmittel zu ergänzen. Diese Grenzen seien aber relativ einfach zu durchbrechen. Die Mittel aus den Beiträgen könnten zwar für andere Zwecke nicht verwendet werden. Es zeigt sich aber die Tendenz, diese Einnahmen zur Ergänzung allgemeiner Haushalte, für besondere sozialpolitische Fonds oder auch für andere „Zweige“ sozialer Sicherung zu nutzen. Die Beitragssysteme könnten aber nicht nur wegen einer beliebigen Vernachlässigung des Beitragszwecks in Frage gestellt werden, sondern auch durch ein exzessives Festhalten.⁵⁹³ Bis jetzt konnte ich weder für Deutschland noch für Brasilien ein Problem des exzessiven Festhaltens am Beitragszweck feststellen. Es wird aber für Brasilien

⁵⁹² Vgl. ebd., S. 180 ff.

⁵⁹³ Zacher, in: Zacher, Die Rolle des Beitrags, S. 28 f.

die Einführung einer Zweckbindung der Steuern und die Aufhebung der Zweckbindung der Sozialbeiträge beschrieben.⁵⁹⁴ Das stellt ein Beispiel für eine Vernachlässigung dar.

3. Zur Metapher des Gesellschaftsvertrages

Wie im Abschnitt „E.I“ erläutert, sind die Zugehörigkeit zur Gesellschaft und die Gleichheit der Staatsbürgerschaft für die Versorgungssysteme von wesentlicher Bedeutung. Es wird nämlich die Metapher des Gesellschaftsvertrages benutzt, um die Grundlage dieser Absicherungsform zu erklären. Die (Sozial-) Versicherungssysteme hingegen beruhen ursprünglich auf der Grundlage eines Privatvertrages, des Arbeitsvertrages.⁵⁹⁵ Wie schon vorher hervorgehoben, reduziert man in der vergleichenden Forschung die unterschiedlichen Formen der Absicherung oft auf Typologien. Indem man die unterschiedlichen Systeme in Gruppen einteilt, um Strukturmerkmale untersuchen zu können, betont man auch die Gegensätze. In einem ersten Eindruck erscheint den Unterschied zwischen einem Versorgungssystem und einem (Sozial-) Versicherungssystem sehr groß zu sein: für (Sozial-) Versicherungssystem gelte ursprünglich die Grundlage eines Privatvertrages; für das Versorgungssystem die Grundlage einer Zugehörigkeit. Aus der Abhandlung im Abschnitt „D.I“ lässt sich aber ableiten, dass die PKV eine Absicherungsform ist, bei welcher man die freie Gestaltung der Absicherung durch die Individuen noch stärker als die Sozialversicherung betonen kann. Zudem, wie im Abschnitt „E.I“ festgestellt, ermöglicht die Sozialversicherung durch die finanzielle Umverteilung eine Ausdehnung des versicherten Personenkreises, was gewissermaßen ein Schritt Richtung Versorgungssystem bedeutet.⁵⁹⁶

Es werden hauptsächlich zwei Gründe für die staatliche Intervention genannt: das Vorliegen eines öffentlichen Guts, also eines Guts, das nicht teilbar ist und von verschiedenen Individuen „konsumiert“ werden kann, und Marktversagen^{597, 598}.

⁵⁹⁴ Siehe Unterkapitel „Die Finanzierung der öffentlichen Absicherung in Brasilien“.

⁵⁹⁵ Vgl. *Christoffersen*, in: Mullard/Lee, Social policy in Denmark, S. 181; vgl. *Wendt*, Krankenversicherung oder Gesundheitsversorgung? S. 44 m. w. N.

⁵⁹⁶ Diese Idee wird in den nächsten Abschnitten „E.II.4 und „E.II.5“ vertieft. Darin wird erläutert, dass die Absicherungsformen einen Kontext bilden und dass die Unterschiede zwischen ihnen durch eine Skala harmonischer dargestellt werden könnte.

⁵⁹⁷ Für die PKV können die Probleme des *moralischen Risikos* und der *Informationsasymmetrie* als Beispiel für ein Marktversagen genannt werden. Dies sind verschiedene Probleme, die aber eine gewisse Verbindung zueinander haben. Das *moralische Risiko* bezeichnet die Neigung des Versicherungsnehmers, gerade wegen der Deckung, die Inanspruchnahme von Leistungen zu verstärken bzw. das Eintreten des Schadensfalles zu verursachen oder die Höhe des Anspruches zu vergrößern. Die *Informationsasymmetrie* bezeichnet die Situation, in der der Versicherer mehr über sein Produkt weiß als der Kunde. Der Versicherungsnehmer ist hingegen über das Risiko besser informiert als der Versicherer. Das kann auf beiden Seiten zu Fehlverhalten

Es wird vertreten, dass die soziale Sicherung teilweise, wenn nicht sogar vollständig, den Charakter eines öffentlichen Gutes habe. Ausgangspunkt hierfür sei gerade der schon erwähnte Gesellschaftsvertrag, ein Instrument für die Kohäsion und Stabilität einer Gesellschaft. Dadurch werde die staatliche und wirtschaftliche Macht eingeschränkt und bestimmte Rechte würden sichergestellt. Diese Leistungen des Staates seien ein typisches öffentliches Gut, von welchem im Prinzip niemand ausgeschlossen werde. Man könne an Rahmenbedingungen denken. Zuerst komme ein Minimum in Betracht, damit die Gesellschaft nicht auseinander bricht, nämlich die Absicherung eines soziokulturellen Existenzminimums und der Schutz gegen Diskriminierung. Ohne staatliche Intervention finde außerdem keine Umverteilung statt. Sie habe die Funktion, die negativen Auswirkungen der Unterschiede zwischen den Armen und den Reichen zu minimieren. Die Verteilungspolitiken könnten sich zudem gegebenenfalls als Alternative für Sicherheitspolitiken, wie die Verbrechensbekämpfung, erweisen.⁵⁹⁹ Diese Aspekte sind Grundlage nicht nur für das Versorgungssystem, sondern auch für das Sozialversicherungssystem. Für beide ist die Thematik relevant.

Es bestehe allerdings die Möglichkeit, durch den Markt soziale Absicherung anzubieten. In diesem Fall müsse der Staat aber immer noch die Rahmenbedingungen durch das Rechtssystem bestimmen und durch die Judikative dieses Recht durchsetzen. Wenn kein Markt entsteht, bzw. wenn er nicht vollständig funktioniert oder sich als dysfunktional erweist, komme eine direkte Intervention des Staates in Betracht. Es werden hier beispielsweise Interventionen auf der Angebotsseite und der Nachfrageseite erwähnt. Auf der Angebotsseite der Versicherung liege das Problem normalerweise in einer Unsicherheit, einem hohen Risiko und fehlenden Informationen für die Unternehmen. Dagegen werde dann der Staat Regeln festsetzen. Er könne aber auch den Weg der direkten oder der indirekten Subventionierung wählen und sogar öffentliche Güter bereitstellen, was auch bei der Schaffung öffentlicher Absicherungen der Fall zu sein scheine. Es genügt, daran zu erinnern, dass in der öffentlichen Absicherung schlechte Risiken nicht ausgeschlossen werden, was die Aussichten auf Ertrag in der privaten Versicherung wesentlich verbessert. Auf der Nachfrageseite unterstütze der Staat den Einzelnen, wenn die Leistungsfähigkeit niedrig ist.

führen. Auf der Seite des Versicherers z. B. zur *adversen Selektion*: eine einheitliche Prämie wird für alle Kunden berechnet und Personen mit niedrigen Risiken werden nur mit höheren Kosten eine Versicherung erwerben können. Das bedeutet auch, dass die Versicherung eher für Personen mit hohem Risiko attraktiv wird. Vgl. Farny, Versicherungsbetriebslehre, S. 32 f. Vgl.; Spahn/Kaiser, in: Rolf/Spahn/Wagner, Soziale Sicherheit als Öffentliches Gut?, S. 196.; Queisser, in: Scheil-Adlung, Privatisierung: Auf dem Weg zu einer individuelleren Wahl des Sozialschutzes, S. 46.

⁵⁹⁸ Vgl. Spahn/Kaiser, in: Rolf/Spahn/Wagner, Soziale Sicherheit als Öffentliches Gut?, S. 196-208.

⁵⁹⁹ Spahn/Kaiser, in: Rolf/Spahn/Wagner, Soziale Sicherheit als Öffentliches Gut?, S. 196 und 201 ff.

Hier komme eine Subventionierung in Betracht, wie beispielsweise die Tragung von Krankenversicherungsbeiträgen durch die Arbeitslosenversicherung für Arbeitslose.⁶⁰⁰ Hier kann man folgern, dass zumindest indirekt die Thematik des öffentlichen Guts und des Gesellschaftsvertrags auch für die private Absicherung von Bedeutung ist, weil die staatlichen Interventionen die Kohäsion sowie die Stabilität der Gesellschaft zu verfolgen haben.

Die Beiträge zur Sozialversicherung seien als *Quasipreise* zu bezeichnen, im Gegensatz zur Steuerfinanzierung, die allgemein keine Äquivalenz mit sich bringt. Aus diesem Grund seien die Sicherungsleistungen nicht rein private Güter, sondern zumindest zum Teil auch öffentliche Güter. Das spricht nach Ansicht von SPAHN und KAISER für die Steuerfinanzierung, also für die nicht zweckgebundene Abgabe.⁶⁰¹ Wo sich Teilaspekte der Sozialversicherung als öffentliche Güter darstellen, sind zugleich andere Teilaspekte als private Güter anzusehen, weswegen es in der Sozialversicherung eine Äquivalenz geben kann. Meine Ansicht ist infolgedessen, dass die Sozialversicherung sich eher in einem intermediären Standort zwischen privat und öffentlich befindet. Damit erscheint der Sozialbeitrag eine passende Finanzierungsform zu sein. Die Beteiligung der Versicherten an der Finanzierung der Sozialversicherung stellt z. B. einerseits einen Trend in Richtung Äquivalenz dar; der Arbeitgeberbeitrag andererseits einen Trend in Richtung Versorgung. Die Idee eines Spektrums zwischen PKV und Versorgung wird in nächsten Abschnitten vertieft. Es lässt sich jedoch schon abschätzen, dass das Thema der Kohäsion sowie der Stabilität der Gesellschaft für alle Absicherungsformen von Bedeutung ist. Zugehörigkeits- und Gleichheitsfragen sind für alle Absicherungsformen von Bedeutung. Sie sollen im Versorgungssystem jedoch eine intensivere Wirkung haben als im Sozialversicherungssystem, und im Sozialversicherungssystem wiederum intensiver als in der privaten Absicherung.

Es wird vertreten, dass der Arbeitgeberbeitrag innerhalb der Sozialbeitragsfinanzierung als Beitrag der Wirtschaft und dadurch der Gesamtgesellschaft gesehen werden könne.⁶⁰² Das wäre eine Eigenschaft, die eine „*Sozialversicherung*“ einem „*Versorgungssystem*“ ähnlicher macht. Die Unternehmen, bzw. die Arbeitgeber, werden z.B. die Kosten der Beiträge an den Markt weitergeben und damit die Kosten streuen. Das bildet letztlich einen gemeinsamen Kontext mit der Steuerfinanzierung. Diese Kosten werden mit

⁶⁰⁰ Vgl. *Queisser*, in: Scheil-Adlung, Privatisierung: Auf dem Weg zu einer individuelleren Wahl des Sozialschutzes, S. 46; vgl. *Spahn/Kaiser*, in: Rolf/Spahn /Wagner, Soziale Sicherheit als Öffentliches Gut?, S. 204 ff. Ebenso: Abschnitt E.III.

⁶⁰¹ Vgl. *Spahn/Kaiser*, in: Rolf/Spahn/Wagner, Soziale Sicherheit als Öffentliches Gut?, S. 196 f.

⁶⁰² *Töns*, Solidarität als Aufgabenbegrenzung der gesetzlichen Krankenversicherung, S. 86.

der Zeit, wie bei der Steuerfinanzierung, die Individuen oder bestimmte Gruppen von Individuen erreichen. Die Fragen nach der Leistungsfähigkeit, nach der Belastbarkeit und der Verteilung der Ressourcen dürften für die Finanzierung aller Absicherungsformen von Bedeutung sein.

Hier eröffnet sich die Gelegenheit, einen letzten Hinweis zur Metapher des Gesellschaftsvertrages zu machen. Auf den ersten Blick vermittelt diese Metapher den Eindruck einer relativen Stabilität. Doch wenn es darum geht, die Kohäsion und Stabilität einer Gesellschaft zu bewahren und damit die Macht einzuschränken sowie bestimmte Rechte zu gewährleisten, muss man in Betracht ziehen, dass der Gesellschaftsvertrag selber das Ergebnis bestimmter Machtverhältnisse ist und sich weiter als Macht innerhalb der Gesellschaft ausdrückt. Es wird versucht, Interessen und Ungleichheiten zwischen Individuen und Gruppen innerhalb der Gesellschaft in Einklang zu bringen. Betrachtet man die Beispiele, die von DAHRENDORF behandelt wurden, erkennt man einen Prozess, der nicht abgeschlossen ist und der durch Konflikte begleitet ist. Er erwähnt z.B. die Erfahrung des antiken Athen, wo nur eine kleine Gruppe die volle Zugehörigkeit zur Zivilgesellschaft genoss. Danach kamen die Erfahrungen der Industrialisierung und des Liberalismus, welche den Schwerpunkt auf die Versorgung der Gesellschaft durch den Markt gesetzt haben. Damit wurden die leistungsstarken Individuen und Gruppen privilegiert. Eine weitere Erfahrung stellt der Kommunismus dar, wobei grundsätzlich versucht wurde, durch die Erhöhung der Berechtigung zur Teilhabe die Versorgung von Individuen und Gruppen zu verbessern, unabhängig davon, ob sie leistungsfähig sind. Aus diesen Erfahrungen wurden Schwächen sowohl des Staates als auch des Marktes erkannt. Der Markt tendiert dazu, die Situation der leistungsschwachen Individuen und Gruppen nicht zu verbessern; diese Aufgabe übernimmt eher der Staat. Der Staat kann aber nicht allein garantieren, dass die Wirtschaft genügend produziert. Damit wird die Notwendigkeit erkannt, Zwischenwege zu suchen. Der Staat kann die Perspektiven von leistungsschwachen Individuen und Gruppen verbessern und damit versuchen, die Kohäsion und die Stabilität der Gesellschaft zu gewährleisten; er ist aber davon abhängig, dass die Wirtschaft dafür genügend produziert. Vor diesem Hintergrund erkenne ich in der Metapher des Gesellschaftsvertrages einen dynamischen und konfliktiven Hintergrund, weil die Teilhabe an der Zivilgesellschaft nicht nur davon abhängt, ob das Recht dazu anerkannt wird, sondern auch, ob die dafür notwendigen Finanzmittel investiert werden; zudem weil die Verbesserung der Lage von benachteiligten Individuen und Gruppen mit einer

(zumindest finanziellen) Belastung der schon privilegierten Gruppen zusammenhängen dürfte.⁶⁰³

4. Standort der GKV zwischen PKV und Versorgung: ein konkretes Beispiel

Die deutsche GKV wird als ein System gesehen, das zwischen zwei Extremen liegt. Auf der einen Seite steht die PKV mit ihrer risikoäquivalenten Finanzierung, auf der anderen die staatliche Versorgung mit ihren unentgeltlichen Gesundheitsleistungen und ihrer Finanzierung überwiegend aus Steuern. Das öffentliche Krankenversicherungssystem liegt in einem Spektrum zwischen der Individualversicherung und dem Versorgungssystem.⁶⁰⁴

HENKE hebt Aspekte hervor, die der Bestimmung des genauen Standortes der sozialen Krankenversicherung innerhalb dieses Spektrums dienen könnten. Diese Aspekte seien zudem Ansatzpunkte für eine eventuelle Stärkung des Versicherungsprinzips. Der erste Aspekt sei, dass keine Risikozuschläge aufgrund erhöhten Krankheitsrisikos verlangt würden; ferner seien die Beiträge des Versicherten seiner Leistungsfähigkeit angepasst und er erhalte Leistungen entsprechend der Notwendigkeit. Ein weiterer Aspekt sei der Arbeitgeberbeitrag; es bestehe eine Versicherungspflicht, wobei die Wahl- und Wechselmöglichkeiten begrenzt seien;⁶⁰⁵ es gebe die Familienversicherung ohne zusätzliche Kosten; der Beitragssatz sei für Bezieher von Arbeitslosengeld II niedriger als für Erwerbstätige; es bestünden keine Wahlmöglichkeiten zwischen Grundsicherung, umfassender Versorgung und Lohnfortzahlung;⁶⁰⁶ es gelte ein einheitlicher Beitragssatz für alle Krankenkassen⁶⁰⁷ und es gebe Bundeszuschüsse. Neben der Absicherung gegen das Krankheitsrisiko erfülle das System Versorgungsaufgaben einschließlich der Leistungen für die Prävention. Zur GKV gehörten neben der ambulanten und der stationären Behandlung auch Heil- und Hilfsmittel, außerdem Mutterschaftshilfe, Mutterschaftsgeld, Krankengeld, Sterbegeld und Kuren sowie der legale Schwangerschaftsabbruch. Die aktuelle Gestaltung des Systems und seine

⁶⁰³ Vgl. *Dahrendorf*, in: Bulmer/Rees, *Citizenship and social class*.

⁶⁰⁴ Vgl. *Henke*, in: Schmähl, *Zur Rolle des Versicherungsprinzips in der gesetzlichen Krankenversicherung*, S. 57 ff.

⁶⁰⁵ Das GKV-WSG von 2007 hat z.B. die Wahlmöglichkeiten der Versicherten verbessert. Die Versicherten können in der Regel zwischen mehreren Krankenkassen wählen.

⁶⁰⁶ Die Einführung der Wahltarife und die Eröffnung des Gebietes der Zusatzversicherung für die Krankenkassen durch das GKV-WSG 2007 scheinen diese Situation teilweise geändert zu haben.

⁶⁰⁷ Derzeit kann nur im Bereich des Zusatzbeitrags ein gewisser Unterschied innerhalb der Krankenkassen bestehen.

historische Entwicklung zeigten, im Spektrum der Gestaltungsmöglichkeiten, einen Trend in Richtung eines Versorgungssystems.⁶⁰⁸

Die soziale Krankenversicherung neige in die Richtung einer staatlichen Einrichtung. Die Krankenkassen der deutschen GKV führten eine quasi-öffentliche Aufgabe durch.⁶⁰⁹ Nach einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes im Jahr 1975 seien sie als Körperschaften des öffentlichen Rechtes eine Form der mittelbaren Staatsverwaltung. Nur auf der Organisationsebene seien sie vom Staat unabhängig. Dabei wären die Vereinheitlichung und die Bildung einer bundesmittelbaren Körperschaft mit dem deutschen Grundgesetz vereinbar.⁶¹⁰ Die Schaffung einer Einheitskasse würde Züge einer Staatsbürgerversorgung tragen. Das Versicherungsprinzip würde dadurch an Bedeutung verlieren. Eine mögliche Steuerfinanzierung wäre die letzte Stufe der Ausdehnung der Solidargemeinschaft. Die GKV würde so in eine gesetzliche Einheitsversicherung mit Versorgungscharakter umgeformt.⁶¹¹

5. Zwischenergebnis: die Finanzierungsform und ihre Folgen

Jeder Finanzierungsmethode entsprechen unterschiedliche strukturelle Eigenschaften, die mit ihr harmonisieren. In diesem Sinne entsprechen der Sozialbeitragsfinanzierung die Zweckbindung des Beitrags, die Bildung einer Solidargemeinschaft, die Verbindung zwischen der Absicherung und der Tragung der Beiträge sowie die Selbstverwaltung. Daraus ergibt sich, was inhaltlich ein Sozialversicherungssystem ausmacht. Steuern hingegen sind grundsätzlich nicht zweckgebunden, sie sind auch nicht von der Begründung her mit der Absicherung verbunden. Da die Finanzmittel aus Steuern dem allgemeinen Staatshaushalt angehören, besteht im Falle eines Versorgungssystems das höchste Maß an solidarischer Finanzierung, das höchste Maß an Verteilung der Kosten. Die staatliche Stelle ist hier folglich sehr stark.

Weiter oben wurde bereits die Entwicklung der Absicherungsformen beschrieben. Diese Beschreibung weist darauf hin, dass Belastung und Entlastung des Einzelnen und der Gesamtgesellschaft zusammenhängen und dass in den unterschiedlichen Absicherungsformen auch gemeinsame Prinzipien zu erkennen sind. Die Entwicklung spricht für eine nicht

⁶⁰⁸ Henke, in: Schmähl, Zur Rolle des Versicherungsprinzips in der gesetzlichen Krankenversicherung, S. 60 f.

⁶⁰⁹ ebd., S. 60.

⁶¹⁰ BVerfG, Beschluß des Zweiten Senats vom 9. April 1975 – 2 BvR 879/73 – BVerfGE 39, S. 302 (S. 314 f.).

⁶¹¹ Henke, in: Schmähl, Zur Rolle des Versicherungsprinzips in der gesetzlichen Krankenversicherung, S. 60.

dichotome Unterscheidung⁶¹² zwischen der PKV und dem Sozialversicherungssystem sowie zwischen Sozialversicherungssystem und Versorgungssystem. Die Unterscheidung zwischen der PKV, der Sozialkrankenversicherung und dem Versorgungssystem wäre harmonischer durch eine Skala darzustellen.

Die Tragung der Finanzierung eher durch das Individuum, eher durch Teilgruppen der Gesellschaft oder eher durch die Gesamtgesellschaft fordert unterschiedliche Folgen in der Gestaltung des Systems oder harmoniert zumindest besser mit bestimmten Organisationsformen. Die allgemeine Tendenz kann durch Abbildung II dargestellt werden.

Abbildung II – Belastung von Individuum vs. Gesamtgesellschaft. Allgemeine Tendenz

	Individuum	Gesamtgesellschaft
Private Absicherung	>	
Staatliche Absicherung	<	

Abbildung II zeigt die ideale Situation einer staatlichen Absicherung, die vollständig durch die Gesamtgesellschaft, und einer privaten Absicherung, die vollständig durch das Individuum finanziert wird. Sie zeigt, dass die finanzielle Entlastung des Individuums mit einer Belastung der Gesamtgesellschaft einhergeht. Eine Entlastung der Gesamtgesellschaft führt ihrerseits zu einer Belastung des Individuums. Zwischen beiden Kategorien gibt es aber auch die Situation der Belastung von *Teilgruppen der Gesellschaft* mit der Tragung der Finanzierung. Abbildung III stellt die Situation der Tragung der Finanzierung vollständig dar.

Abbildung III – Tragung der Finanzierung

Tragung der Finanzierung		
Das Individuum	Teilgruppen der Gesellschaft	Gesamtgesellschaft

⁶¹² Die typologische Darstellung ist zwar nützlich als Referenzpunkt und für die Analyse der Struktur, kann aber die Gegensätze überzeichnen. Wenn man z. B. die Tabelle von Töns S. 63 mit ihrer Gegenüberstellung von Sozialversicherung und Privatversicherung anschaut, könnte der Eindruck entstehen, dass die Äquivalenz in der Sozialversicherung vollständig abwesend ist. Die Darstellung in der Tabelle ist im Grunde genommen dichotomisch: Für die Sozialversicherung stehe das Prinzip der Solidarität, für die Privatversicherung das Prinzip der Äquivalenz. Vgl. Töns, Solidarität als Aufgabenbegrenzung der gesetzlichen Krankenversicherung, S. 63.

Für die Tragung der Finanzierung kann man sich eine Skala vorstellen. Diese Skala verläuft von einer hohen finanziellen Belastung des Individuums hin zu einer mittleren bzw. niedrigstmöglichen Belastung. Eine Entlastung ist jedoch nur möglich, wenn die Kosten nach der Leistungsfähigkeit⁶¹³ der Personen verteilt werden. Die Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit ist aber ein Ideal. Es ist wahrscheinlich realistischer, wie folgt zu formulieren: Tritt der Risikofall ein, werden die Kosten verteilt, sei es über die Lebensbiografie einer Person hinweg und innerhalb einer Gruppe von Versicherten (Beiträge), oder innerhalb der Gesamtgesellschaft (Steuern).

Jeder Entlastung entspricht eine gewisse Belastung. Dieses Verhältnis ist mit größerer Genauigkeit in der Beitragsfinanzierung als in der Steuerfinanzierung zu messen. In der Beitragsfinanzierung genügt es zu beobachten, welche finanzielle Last die Beteiligten tragen müssen. Wenn die Finanzierung zwischen Staat, Arbeitgeber und Arbeitnehmer verteilt ist, muss man in Betracht ziehen, dass eine staatliche Mitfinanzierung durch Steuern auch eine Mitfinanzierung durch die Allgemeinheit bedeutet. Wie schon erwähnt, kann der Beitrag des Arbeitgebers als Beitrag der Wirtschaft und dadurch der Gesamtgesellschaft betrachtet werden. In der Steuerfinanzierung müsste man jedoch die einzelnen Steuern untersuchen und berücksichtigen, dass sie unterschiedliche Methoden und Ziele haben. Sie werden aber jedenfalls direkt oder indirekt die Individuen und bestimmte Gruppen einer Gesellschaft belasten.

Da die Steuern nicht zweckgebunden sind, gehören sie zum allgemeinen Staatshaushalt und können bei der Erstellung des Haushalts potenziell für jede Aufgabe bestimmt werden. Das führt zu einer flexiblen Finanzierungsgrundlage. Eine Vorhersage ist hier infolgedessen deutlich schwieriger, was auch eine Analyse des Systems erschwert. Der Staat schuldet aber immer noch der Bevölkerung und dem Einzelnen bestimmte Leistungen und muss bestimmte Rechte bewahren. Das bedeutet letztlich in der Aufgabenerfüllung durch den Staat, dass die Last der Finanzierung von dem Anspruch auf die Erfüllung der Aufgabe getrennt wird. Diese Trennung stärkt den Eindruck, dass die damit erfüllte Aufgabe im Auftrag der Gesamtgesellschaft und mit Finanzmitteln der Allgemeinheit erfolgt. Allerdings müsste die Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit perfekt funktionieren, damit dies mit Sicherheit behauptet werden könnte. Man kann z.B. nicht unter Berufung auf die *Non-Affektation* (Zweckungebundenheit der Steuern) die Absicherung gegen Krankheit ohne Finanzierung belassen. Deswegen bin ich der Meinung, dass ein gewisses Ausmaß an

⁶¹³ Vgl. *Tipke*, Die Steuerrechtsordnung, S. 517 ff.

Zweckbindung bei der Steuerfinanzierung verbleibt. Die vollständige Abwesenheit der Zweckbindung ist aber ein notwendiges Ideal und ihre Funktion liegt darin, als Referenzpunkt zu dienen.

Es gibt aber auch die dazwischen liegende Situation der Beitragsfinanzierung, die durch die Solidargemeinschaften getragen wird, d.h. durch Teilgruppen der Gesellschaft. Die Entwicklung der GKV hat sich zuerst auf die Bildung homogener Risikogruppen,⁶¹⁴ z.B. nach Ort und Beruf, konzentriert. Die aktuelle Gestaltung aber mit einer freien Wahl des Versicherten zwischen den Krankenkassen und mit der Weiterleitung der Beiträge an einen gemeinsamen Gesundheitsfonds verleiht dem System Züge einer großen Solidargemeinschaft. Das könnte sogar als eine Annäherung an ein Versorgungssystem gesehen werden. Die Verbindung zwischen dem Beitrag und der Sicherung verbleibt aber. Es wird sogar von Quasipreisen und kollektivem Privateigentum gesprochen. Wenn das Sozialversicherungssystem mit dem Versorgungssystem verglichen wird, erscheint der Begriff Äquivalenz als charakteristisch für das Sozialversicherungssystem. Aus einem Vergleich zwischen der GKV und der PKV folgt aber auch eine dichotome Trennung, nämlich dass für die GKV das Solidaritätsprinzip gelte, für die PKV hingegen das Äquivalenzprinzip.⁶¹⁵ Dagegen scheint mir, dass ein Anteil an Äquivalenz in der Beitragsfinanzierung anwesend ist, ebenso wie ein Anteil an Zweckungebundenheit aus der Systematik der Steuerfinanzierung. Das gilt, wenn der Staat mit allgemeinen Finanzmitteln das System mitfinanziert und wenn die Beiträge des Arbeitgebers auch als Beitrag der Wirtschaft und damit der Allgemeinheit verstanden werden können.

In den Prämien oder Beiträgen, die das Individuum für eine PKV trägt, spricht man nicht mehr von Zweckbindung. Wir sind hier nicht mehr im Bereich der Abgaben. Es gibt aber auch den Begriff Äquivalenz, der sich sowohl in der Finanzierung der PKV als auch indirekt, aus dem Steuerrecht, in der Finanzierung der öffentlichen Absicherung wiederfindet. In der PKV erreicht die Äquivalenz das größtmögliche Maß, sodass von Preisen gesprochen werden kann; in der Sozialkrankenversicherung erreicht die Äquivalenz nur ein mittelgroßes Maß. Wenn von *Quasipreisen* in der Sozialkrankenversicherung gesprochen werden kann, so wird die Finanzierung etwa Äquivalenz aufweisen. Zu einem gewissen Grad ist ein Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung festzustellen. Das wird aber nur teilweise der Fall sein.

⁶¹⁴ *Offe*, in: Sachße/Engelhardt, Akzeptanz und Legitimität strategischer Optionen in der Sozialpolitik, S. 183 f. gibt einen Hinweis auf diese Ideen. Wenn er über die Bereitschaft der Bessergestellten zur Solidarität spricht, behauptet er, „[dass] die Option, zusätzliche *betriebliche* Sicherungsarrangements einzurichten bzw. an ihnen teilzunehmen, dazu bestimmt ist, separate Fonds aufzubauen, auf die nicht »alle« Versicherten, sondern nur vergleichsweise leistungs- und risiko-homogene Teilmengen Zugriff haben“.

⁶¹⁵ Vgl. *Schäfer*, in: Igl/Welti, Private Krankenversicherung, S. 185 (Darstellung in der Tabelle).

Der Begriff *Quasipreise* bedeutet aber gleichzeitig, dass ein Teil der Finanzierung mit Finanzmitteln der Gesamtgesellschaft erfolgt. Dennoch werden diese Finanzmittel auch für die Erfüllung einer spezifischen Aufgabe bestimmt. Der Begriff Zweckbindung beschreibt beide Aspekte: einerseits den Beitrag des Einzelnen und andererseits den „Beitrag“ der Gesamtgesellschaft. Hinter den beiden Akteuren stehen unterschiedliche Absichten, z.B. erwartet der Einzelne durch seinen Beitrag ein individuelles Gut oder einen individuellen Dienst, der Staat aber durch seinen Anteil die Aufrechterhaltung der Gesellschaft. Dennoch sind die entsprechenden Finanzmittel gemeinsam an die Erfüllung eines bestimmten Zweckes gebunden.

Sogar die Solidarität ist für die PKV nicht so unwesentlich. Die Verteilung des Risikos innerhalb der Lebensbiografie einer Person reduziert die Verteilung der Kosten innerhalb der Versichertengruppe. Eine Streuung des Risikos innerhalb der Versichertengemeinschaft verbleibt aber als wesentliches Merkmal einer Versicherung. Man kann behaupten, dass das nur eine versicherungstechnische Verteilung des Risikos darstellt oder zugeben, dass diese Streuung die Idee der Solidarität im Hintergrund hat, obwohl mit weniger Intensität als in der sozialen Krankenversicherung und noch weniger im Vergleich mit dem Versorgungssystem.

Durch die Wahrscheinlichkeitsrechnung kann die PKV das Risiko innerhalb einer Gruppe einschätzen, das ist wesentlich für die Kalkulation der Beiträge. Die Untersuchung der Situation des Einzelnen kann sie die Exaktheit der Kalkulation verbessern, sodass eine Annäherung an die individuelle Äquivalenz stattfindet. Eine ausführliche Bestimmung ist aber, wenn nicht unmöglich, so doch sehr kostenträchtig. Deswegen orientieren sich die privaten Versicherungen mehr oder weniger an Durchschnittsprämien, sodass die unterdurchschnittlich hohen Risiken die überdurchschnittlich hohen Risiken finanzieren, was der Gesellschaft zum Vorteil gereichen kann. Das Fazit daraus wäre: Ein gewisses Ausmaß an Unwissenheit gehört zur normalen Funktionsweise einer PKV und zeigt die Solidarität innerhalb einer Versichertengemeinschaft.

Die Einbeziehung der PKV als Schadensversicherung wäre ein weiterer Aspekt. Für die Schadensversicherung ist der konkrete Bedarf maßgebend. Die Höhe der Versicherungsleistung wird nicht begrenzt. Obwohl die Konzepte aus unterschiedlichen Terminologien kommen, muss ich auf die Ähnlichkeit mit dem Bedarfsdeckungsprinzip der GKV hinweisen. Dieser Aspekt verstärkt den Eindruck, dass die Solidarität in der PKV nicht so unwesentlich ist.

Idealerweise erreicht die Solidarität in der Beitragsfinanzierung ein mittleres Maß im Vergleich zur Steuerfinanzierung, da die Versicherten selbst beitragen und tendenziell in

homogene Risikogruppen geteilt werden (wie Berufsgruppen). Wenn man aber, zusätzlich zur staatlichen Mitfinanzierung durch Steuern und zum Beitrag des Arbeitgebers und damit der Wirtschaft (und damit wiederum der Allgemeinheit), konkret an die deutsche GKV denkt, kann man Folgendes feststellen: Die GKV umfasst 90 % der Bevölkerung Deutschlands. Meistens gibt es aktuell eine freie Auswahl, d.h. die Versicherten können die Krankenkassen wählen. Die Beiträge werden an einen gemeinsamen Gesundheitsfonds weitergeleitet. Dies bedeutet, dass die Tendenz der Bildung von homogenen Risikogruppen deutlich geschwächt wurde und die Finanzierungsgrundlage in Richtung Vereinheitlichung geht. Das lässt mich vermuten, dass ein Vergleich mit einem bestimmten steuerfinanzierten System dazu führen könnte, dass praktisch die deutsche GKV, wenn nicht ein größeres Maß an Solidarität, so doch mindestens ein gleiches erreichen könnte.

Für das Versorgungssystem bedeutet die Solidarität nicht nur die Verteilung der finanziellen Last, sondern auch eine Aufgabenerfüllung durch und für die Gesamtgesellschaft. Gerade aus der Trennung zwischen der Last der Finanzierung und dem Anspruch auf Leistung folgt, dass die Absicherung als eine Aufgabenerfüllung durch und für die Gesamtgesellschaft und mit entsprechenden Finanzmitteln der Allgemeinheit gesehen wird. Die Steuerfinanzierung erreicht aber potenziell auch das höchste Maß an solidarischer Finanzierung, was jedoch davon abhängt, wie gut das Steuersystem die Leistungsfähigkeit der Individuen und Gruppen der Gesellschaft berücksichtigt.

Aus der Diskussion über die Zweckbindung bzw. über die Äquivalenz und über die Tragung der Finanzierung lässt sich ableiten, dass je mehr das Individuum diese Last selbst trägt, desto stärker sich die Absicherung auf einer individuellen Basis organisieren wird. Das Individuum wird potenziell mehr Wahlmöglichkeiten als in der öffentlichen Absicherung (Versicherungs- und Versorgungssystem) haben. Das Versicherungsprinzip kann das höchstmögliche Maß erreichen. Das Risiko wird tendenziell für jeden Versicherten ermittelt und die Prämien werden für eine mögliche Inanspruchnahme von Leistungen genauer angepasst.

Für ein soziales Krankenversicherungssystem wird diese Organisation auf einer individuellen Basis im Vergleich mit der PKV schwieriger. Je mehr schutzbedürftige Gruppen ohne Vorleistung einbezogen werden und je stärker die Solidarität wird, desto geringer ist die Intensität des Versicherungsprinzips. Das individuelle Risiko und die entsprechenden Finanzmittel können nicht mehr so deutlich eingeschätzt und miteinander verknüpft werden.

Es wurde vorher die Ansicht zitiert, derzufolge Fürsorge, Versicherung und Versorgung Prinzipien sind, die sich normalerweise in jedem Wohlfahrtsstaat mit

unterschiedlicher Intensität wiederfinden.⁶¹⁶ Das Versicherungsprinzip ist im Versorgungssystem zwar schwach, spielt aber immer noch eine Rolle. Die Finanzierungsgrundlage führt zu der Tendenz, die Inanspruchnahme von Leistungen abstrakt zu denken. Es ist nicht üblich, eine finanzielle Deckung für den einzelnen Versicherten zu bilden oder als Referenzgröße zu haben. Eine Wahrscheinlichkeitsrechnung wäre innerhalb einer ganzen Bevölkerung möglich, eine Vertiefung der Berechnung durch die Einschätzung des individuellen Risikos, welche in der PKV stattfindet, würde hier aber fehlen. Die Steuern sind allerdings eine flexible Grundlage, sodass nicht sicher wäre, ob das geschätzte Risiko und der entsprechende Finanzbedarf vollständig gedeckt würden. Das erschwert die Anpassungsmöglichkeit der Versicherung gegenüber den Bedürfnissen des Individuums. Ich vermute, dass deswegen Flexibilität in dieser Absicherungsform eher schwierig ist.

Im obigen Abschnitt „E.I“ wurde die Entstehung der Absicherungsformen dargestellt (Fürsorgesystem, Versicherungs- und Versorgungssystem). In einer ersten Etappe haben die kleineren Zellen der Gesellschaft Sicherungsfunktionen gegenüber dem Individuum übernommen, bis der Staat angefangen hat, soziale Sicherung anzubieten - erst mit einer hohen Selbstbeteiligung des Versicherten (Versicherungssystem) und danach fast ohne eine solche (Versorgungssystem). Sowohl im Versicherungs- als auch im Versorgungssystem übernehmen der Staat oder Institutionen, die ihn repräsentieren, die Rolle des Versicherers. Er deckt letztlich das versicherte Risiko.

Zum Thema Flexibilität ist auch zu erwähnen, dass sich das Verhalten des Staates je nach Art der Absicherung unterscheidet. Sowohl in der PKV als auch in der öffentlichen Krankenversicherung gestaltet der Staat nur Rahmenbedingungen für die Absicherung. Der Unterschied liegt darin, dass in der PKV freie Räume für die Vertragspartner gelassen werden müssen. In der Sozialkrankenversicherung kommt der Begriff Vertragsfreiheit nicht mehr vor. Es bleibt im Falle der Sozialversicherung aber die Selbstverwaltung, die die konkrete Gestaltung des Systems bestimmt. Die staatliche Aufsicht ist hier jedoch vergleichsweise stark. In der deutschen GKV z.B. werden in dem fünften Buch des Sozialgesetzbuches die Tatbestände der Versicherungspflicht (§ 5), der Versicherungsfreiheit (§ 6), der Versicherungsfreiheit bei geringfügiger Beschäftigung (§ 7) und der Befreiung von der Versicherungspflicht (§ 8) ausführlich bestimmt.

⁶¹⁶ Vgl. *Wendt, Krankenversicherung oder Gesundheitsversorgung?*, S. 50.

Die Abbildung IV versucht die Entsprechung zwischen der Finanzierungsform und der Funktionalität der Absicherung gegen Krankheit zusammenzufassen, anders formuliert, die Folgen der Finanzierungsformen darzustellen.

Abbildung IV – Die Struktur der Finanzierung und ihre Folgen

Finanzierungsform	Gesamtgesellschaft	Solidarität	Individualisierung
stärker zweckgebunden	+ - ↓	↓	↑
weniger zweckgebunden	+ - ↑	↑	↓

6. Zur Steuerfinanzierung

Wie oben bereits erwähnt, sind Steuern nicht zweckgebunden. Zudem werden sie von der Gesamtgesellschaft getragen, wobei idealerweise die Leistungsfähigkeit des Einzelnen beachtet wird.⁶¹⁷ Die weiteren Eigenschaften können als eine Folge hiervon betrachtet werden.

Der Steuerfinanzierung entspricht die allgemeine Staatsverwaltung. Selbstverwaltung und Verselbständigung der sozialen Sicherung sind infolgedessen erschwert. Der erfasste Personenkreis ist die Gesamtgesellschaft. Je allgemeiner die Versorgung ist, desto größer ist der Druck, sie als Steuer zu finanzieren. Die Steuerfinanzierung weckt die Erwartung einer Öffnung des Zuganges zur sozialen Sicherung. Diese Finanzierungsform entspricht einem Anspruch des Individuums, sie spiegelt aber unmittelbar den Hauptkonflikt einer Gesellschaft um die Macht wider. Gegenstand dieses Konflikts sind die Unterschiede bezüglich der Berechtigung und der Versorgung. Deswegen wird die Gleichheitsfrage im nationalen Gesundheitsdienst so präsent. Die Individualisierung ist außerdem auf der Ebene der Organisation des Systems in der Praxis schwierig.

Es ist viel schwieriger, hier über Quasipreise oder über kollektives Privateigentum zu sprechen. Der Einzelne kann zwar sein Recht geltend machen. Aber von der organisatorischen

⁶¹⁷ Vgl. Tipke, Die Steuerrechtsordnung, S. 517 ff. Um herauszufinden, wie gut bzw. wie schlecht das Steuersystem die Leistungsfähigkeit beachtet, müsste man die Steuern einzeln untersuchen. Dann wird man auf die Schwierigkeit stoßen, die Vielsteuersysteme zu verstehen. Der verbreitete Vorwurf, dass es ein Steuerchaos gebe, fasst diese Schwierigkeit zusammen. Man wird außerdem sehr wahrscheinlich feststellen müssen, dass das Ideal im wirklichen Leben sich nicht durchsetzt.

Grundlage her wird das System nicht gedrängt werden, sich auf eine mögliche Inanspruchnahme durch einen bestimmten Versicherten vorzubereiten. Es ist sehr schwierig, den Einzelversicherten bestimmte Beträge zuzurechnen oder Beträge pro Versicherten als Referenzgröße zu haben, wie es für eine typische Versicherung die Tendenz ist. Die Solidarität hat hier größere Intensität als in der Sozialversicherung und das System tendiert von daher zur Einheit. Meiner Vermutung nach neigen die Leistungen im Versorgungssystem infolgedessen zur Ganzheit. Alle diese Aspekte bewirken, dass eine offene Absicherung organisatorischen Schwierigkeiten begegnet, wenn es um die spezifischen Bedürfnisse des Individuums geht. Dann entsteht eine Diskussion über die Grundentscheidungen der Gesellschaftsgestaltung.⁶¹⁸ Das passiert, weil das System nicht zur Koordination gedrängt wird und weil die Einbeziehung des versicherten Individuums abstrakter als im Versicherungssystem stattfindet.

III. Die Finanzierung der öffentlichen Absicherung in Deutschland

In Deutschland werden die gesetzlichen Krankenkassen durch Beiträge der Mitglieder und der Arbeitgeber finanziert,⁶¹⁹ außerdem durch sonstige Einnahmen.⁶²⁰ Hierin sind insbesondere die steuerfinanzierten Bundeszuschüsse enthalten, die fast 10 % der Einnahmen der GKV ausmachen. Die GKV verliert damit aber nicht ihren Status als Sozialversicherung.⁶²¹ Im Jahr 2015 überwies der Bund 11,5 Milliarden Euro und ab 2017 betragen die Zahlungen jährlich 14,5 Milliarden Euro an den Gesundheitsfonds für die Ausgaben mit versicherungsfremden Leistungen.⁶²²

Das Finanzierungsrecht der GKV besteht aus vier Ebenen: (1) Beitragspflichtige Einnahmen (§§ 226 – 240 SGB V), (2) Beitragssätze (§§ 241 – 248 SGB V), (3) Tragung der Beiträge (§§ 249 – 251 SGB V) und (4) Zahlung der Beiträge (§§ 252 – 256a SGB V). Unter anderem sind die beitragspflichtigen Einnahmen versicherungspflichtig Beschäftigter (§ 226

⁶¹⁸ Beispiel dafür ist die Entscheidung des brasilianischen Obersten Bundesgerichtshofes bezüglich der STA 175 AgR, wobei das Gericht sich z.B. mit der grundlegenden Frage nach der Gewaltenteilung befassen muss. Über diese Entscheidung werden weitere Informationen im Anhang E zusammenfassend präsentiert. Brasilien, Supremo Tribunal Federal (STF), Plenum, Berichterstatter: Gilmar Mendes, Acórdão, Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175, DJE 29. 04. 2010, abrufbar unter: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>, Zugriff am 13. 11. 2013. In Brasilien entscheiden die Gerichte häufig über den individuellen Rechtsanspruch auf Gesundheitsversorgung. Das Thema hat eine große Diskussion hervorgerufen.

⁶¹⁹ § 3 S. 1 und S. 2 erster Halbsatz SGB V.

⁶²⁰ § 220 Abs. 1 S.1 SGB V.

⁶²¹ Vgl. *Becker/Kingreen*, Einführung, in: SGB V, S. XIX.

⁶²² § 221 Abs. 1 SGB V.

SGB V); der Bezieher von Arbeitslosengeld (§ 232a SGB V), der Bezieher von Pflegeunterstützungsgeld (§ 232b SGB V), von Rehabilitanden, Jugendlichen und Behinderten in Einrichtungen (§ 235 SGB V), der Studenten und Praktikanten (§ 236 SGB V), der versicherungspflichtigen Rentner (§ 237 SGB V) und der freiwilligen Mitglieder (§ 240 SGB V) vorgesehen. Nur um ein Beispiel zu geben: Beitragspflichtige Einnahmen der versicherungspflichtigen Beschäftigten sind nach § 226 Abs. 1 Nr. 1 – 4 SGB V: (1) das Arbeitsentgelt aus einer versicherungspflichtigen Beschäftigung, (2) der Zahlbetrag der Rente der gesetzlichen Rentenversicherung, (3) der Zahlbetrag der der Rente vergleichbaren Einnahmen (Versorgungsbezüge⁶²³), (4) das Arbeitseinkommen,⁶²⁴ soweit es neben einer Rente der gesetzlichen Rentenversicherung oder neben Versorgungsbezügen erzielt wird.

Die Arbeitgeber ziehen vom Lohn gegebenenfalls den Anteil des Beitrages ihrer Beschäftigten ab und bezahlen ihren Beitragsanteil direkt an die Krankenkassen.⁶²⁵ Diese leiten die Gelder ihrerseits an den Gesundheitsfonds weiter.⁶²⁶ Die Krankenkassen bekommen dann aus dem Gesundheitsfonds, bzw. aus den gesamten Einnahmen der GKV⁶²⁷ „eine Grundpauschale, [sowie] alters-, geschlechts- und risikoadjustierte Zu- und Abschläge zum Ausgleich der unterschiedlichen Risikostrukturen“⁶²⁸. Diese sollen die standardisierten Leistungsausgaben der Krankenkassen decken. Die standardisierten Leistungsausgaben werden durch die durchschnittlichen Leistungsausgaben je Versichertem aller Krankenkassen bestimmt. Sie bekommen außerdem Zuweisungen für sonstige Ausgaben.⁶²⁹ Zu diesen sonstigen Ausgaben gehören z.B. die standardisierten Verwaltungsausgaben der Krankenkassen.⁶³⁰ Wenn diese Finanzmittel nicht genügen, dürfen die Krankenkassen einen einkommensabhängigen Zusatzbeitrag von ihren Mitgliedern erheben.⁶³¹

„Der allgemeine Beitragssatz beträgt 14,6 Prozent der beitragspflichtigen Einnahmen der Mitglieder“.⁶³² Es gibt einen ermäßigten Beitragssatz von 14 % für Mitglieder, die keinen

⁶²³ Versorgungsbezüge sind z. B. das Witwen- und das Waisengeld. Siehe dazu § 19 Abs. 2 Nr. 1 EStG.

⁶²⁴ Arbeitseinkommen „ist der nach den allgemeinen Gewinnermittlungsvorschriften des Einkommensteuerrechts ermittelte Gewinn aus einer selbständigen Tätigkeit. Danach ist ein Einkommen als Arbeitseinkommen zu berücksichtigen, wenn es als solches nach dem Einkommenssteuerrecht zu bewerten ist. Das Arbeitseinkommen ist die Grundlage für die Beitragsberechnung für Selbständige“. *Lassner*, Lexikon Sozialrecht, S. 43, unter dem Stichwort *Arbeitseinkommen*.

⁶²⁵ § 28h Abs. 1 S. 1; § 28e Abs. 1 S. 1; § 28g S. 2 SGB IV.

⁶²⁶ § 28k Abs. 1 S. 1 SGB IV.

⁶²⁷ Die nicht nur Einnahmen aus dem Arbeitsentgelt enthält.

⁶²⁸ § 266 Abs. 1 S. 1 SGB V.

⁶²⁹ § 266 Abs. 1 S. 1, sowie § 266 Abs. 2 S. 1 und S. 2 SGB V.

⁶³⁰ § 270 Abs. 1 S. 1 Buchst. c SGB V.

⁶³¹ § 242 Abs. 1 S. 1 und 2 SGB V.

⁶³² § 241 SGB V.

Anspruch auf Krankengeld haben.⁶³³ Nach § 246 SGB V gilt der gleiche Beitragssatz für Bezieher von Arbeitslosengeld II. Einen anderen ermäßigten Beitragssatz gibt es nach § 244 SGB V für Wehrdienstleistende und Zivildienstleistende. In der Regel gilt der allgemeine Beitragssatz für Beiträge aus der Rente,⁶³⁴ aus Versorgungsbezügen und aus Arbeitseinkommen.⁶³⁵ Außerdem sieht § 245 SGB V einen ermäßigten Beitragssatz für Studenten und Praktikanten vor.

Bei versicherungspflichtiger Beschäftigung trägt der Arbeitgeber die Hälfte der Beiträge und die andere Hälfte die Beschäftigten selbst.⁶³⁶ § 250 SGB V regelt Fälle, in denen das Mitglied allein die Beiträge trägt, zum Beispiel aus den Versorgungsbezügen (Absatz 1), aus dem Arbeitseinkommen (Absatz 2) und aus den beitragspflichtigen Einnahmen der Studenten und Praktikanten (Absatz 3). Bei Versicherungspflichtigen mit Rentenbezug trägt normalerweise der Träger der Rentenversicherung die Hälfte und der Rentner die andere Hälfte des Beitrags. Bei ausländischen Renten tragen die Rentner die Beitragslast allein.⁶³⁷ Bei Personen, die einen in der sozialen Pflegeversicherung versicherten Pflegebedürftigen pflegen, tragen der Versicherte und die Pflegekasse je zur Hälfte bei.⁶³⁸ Wenn es sich um eine private Pflege-Pflichtversicherung handelt, trägt diese die eine Hälfte und der Versicherte die andere.⁶³⁹ Bei geringfügiger Beschäftigung sieht § 249b S. 1 und S. 2 SGB V einen Beitrag des Arbeitgebers vor in Höhe von 13 % des Arbeitslohns für entgeltgeringfügig Beschäftigte und 5 % des Arbeitsentgelts für geringfügig Beschäftigte in Privathaushalten. Im Falle des § 249c S. 1 Nr. 3 sowie S.1 zweite Halbsatz SGB V, wo wegen Pflegebedürftigkeit eine Inanspruchnahme von Beihilfeleistungen oder Leistungen der Heilfürsorge und Leistungen einer Pflegekasse oder eines privaten Versicherungsunternehmens erfolgt, müssen die beteiligten Institutionen anteilig zur einen Hälfte. Sie tragen allerdings die ganzen Beiträge, „wenn das dem Pflegeunterstützungsgeld zugrunde liegende monatliche Arbeitsentgelt 450 Euro nicht übersteigt“.⁶⁴⁰ § 251 SGB V sieht eine lange Liste von Fällen vor, in denen die Tragung der Beiträge durch Dritte stattfindet. Zusammengefasst und vereinfacht:

1. Der zuständige Rehabilitationsträger

⁶³³ § 243 S. 1 und S. 3 SGB V.

⁶³⁴ § 247 S. 1 und S. 2 SGB V.

⁶³⁵ § 248 S. 1 SGB V.

⁶³⁶ § 249 Abs. 1 S. 1 SGB V Für weitere Bestimmungen Abs. 2 und 3.

⁶³⁷ § 249a S. 1 und S. 3 SGB V.

⁶³⁸ § 249c S. 1 Nr. 1 SGB V.

⁶³⁹ § 249c S. 1 Nr. 2 SGB V.

⁶⁴⁰ § 249c S. 2 SGB V.

2. der Träger der Einrichtung der Jugendhilfe für die vorgesehenen versicherungspflichtigen Jugendlichen⁶⁴¹
3. der Träger der Einrichtung für die vorgesehenen versicherungspflichtigen behinderten Menschen
4. die Künstlersozialkasse in den vorgesehenen Fällen
5. der Bund für Wehrdienst- und Zivildienstleistende und Bezieher von Arbeitslosengeld II in den vorgesehenen Fällen
6. die Bundesagentur für Arbeit für die Bezieher von Arbeitslosengeld und Unterhaltungsgeld
7. der Träger der Einrichtung für Berufsausbildung in den vorgesehenen Fällen
8. die religiöse oder religionsähnliche Gemeinschaft in den vorgesehenen Fällen.

In der Regel zahlt derjenige den Beitrag, der ihn zu tragen hat (§ 252 Abs. 1 S. 1 SGB V). Es sind aber Ausnahmen vorgesehen, wie z. B. in § 252 Abs. 1 S. 2 SGB V und in § 256 Abs. 1 S. 1 SGB V.

In der deutschen öffentlichen Absicherung überwiegen die Beiträge. Die Steuerfinanzierung ist vorhanden, diese hebt aber den Charakter der deutschen GKV als ein Versicherungssystem hervor, da sie die Ausgaben für die versicherungsfremden Leistungen decken soll. Auf jeden Fall zeigt der Prozentsatz von 10 % der Einnahmen der deutschen öffentlichen Absicherung, dass die Steuerfinanzierung im Vergleich zur Beitragsfinanzierung nicht wesentlich ist. Man muss hier allerdings hervorheben, dass der Arbeitgeberbeitrag als Beitrag der Wirtschaft und dadurch der Gesamtgesellschaft gesehen werden kann, was letztlich eine Annäherung an die Systematik der Steuerfinanzierung bedeutet. Deutlicher ist allerdings die Situation der öffentlichen Institutionen, die sich an der Tragung der Beiträge beteiligen. Wenn die beteiligten Institutionen Steuermittel für die Tragung der Beiträge benutzen, führt dies dazu, dass der Anteil an Steuerfinanzierung erhöht wird. Das kann z.B. bei der Rentenversicherung stattfinden. Erhält die Rentenversicherung Bundeszuschüsse und werden diese Finanzmittel für die Tragung der Beiträge gebraucht, bedeutet dies entsprechend im Endeffekt eine Finanzierung durch Steuern. Ähnliches könnte z.B. mit der Tragung durch die Bundesagentur für Arbeit und auch durch den Bund der Fall sein.

In Deutschland beteiligen sich Institutionen, die in den anderen Bereichen der sozialen Sicherheit tätig sind, an der Beitragszahlung. Das betrifft zum Beispiel den Bund und die

⁶⁴¹ § 5 Abs. 1 Nr. 5 SGB V, „Personen, die in Einrichtungen der Jugendhilfe für eine Erwerbstätigkeit befähigt werden sollen“.

Bundesagentur für Arbeit. Diese Organisationsform hebt die Eigenschaft der Selbstverwaltung hervor. Hier ist die Tendenz zur Kongruenz im Ausgleich zwischen den Sozialversicherungen spürbar. Die Kosten müssen zwischen den unterschiedlichen Absicherungen ausgeglichen werden, z.B. werden versicherungsfremde Leistungen der GKV aus Bundeszuschüssen mitfinanziert. Bei Personen, die Arbeitslosengeld erhalten, erfolgt die Mitfinanzierung durch die Bundesagentur für Arbeit. Man muss hier aber hervorheben, was bereits ZACHER bemerkt hat: Ihm zufolge entsteht ein Verlagerungseffekt innerhalb des Gesamtsystems und es stellt sich die Frage, ob eine Belastung der anderen sozialen Sicherungen stattfindet.⁶⁴²

⁶⁴² Vgl. Zacher, in: Zacher, Die Rolle des Beitrags, S. 26.

IV. Die Finanzierung der öffentlichen Absicherung in Brasilien

In Brasilien erfolgt die Finanzierung des SUS mit Geldern aus dem Haushalt der sozialen Sicherheit des Bundes, der Bundesländer, des Bundesdistrikts und der Gemeinden, sowie aus anderen Quellen⁶⁴³ (Art. 198 § 1° CF). Die soziale Sicherheit ihrerseits wird, direkt oder indirekt, durch die Gesamtgesellschaft, mit Geldern aus dem Haushalt des Bundes, der Bundesländer, des Bundesdistrikts und der Gemeinden und mit Geldern aus den Sozialbeiträgen finanziert. Letztere stammen aus Beiträgen der Arbeitgeber bzw. der Unternehmen, der Arbeitnehmer und der übrigen Versicherten der sozialen Vorsorge, der Importeure sowie aus den Einnahmen aus Glückspiel (Art. 195 CF). Das Gesetz darf aber neue Quellen der Finanzierung der sozialen Sicherheit errichten (Art. 195 § 4° CF). Da diese Ermächtigung in Art. 195 CF steht, fällt darunter auch die Errichtung neuer Sozialbeiträge.

Hier können wir die allgemeinen Rahmenbedingungen der Finanzierung der brasilianischen sozialen Sicherheit erkennen. Ausgehend von der Darstellungsweise in Art. 198 § 1° CF ist zu erwarten, dass die Kategorie *andere Quellen* eine Ausnahme darstellt und dass die Finanzierung zumindest einen steuerlichen Charakter hat. Schon auf den ersten Blick lässt sich allerdings eine Zweiteilung erkennen: Auf der einen Seite steht der allgemeine Haushalt des Staates, woran die Steuern einen wesentlichen Anteil ausmachen. Auf der anderen Seite gibt es die Sozialbeiträge als wesentliche Finanzquelle.

Wie im vorherigen Unterkapitel „E.II“ (über die Verbindung zwischen Finanzierungsform und Struktur der Absicherung) festgestellt, ist die Flexibilität der Mittelaufbringung für die Steuerfinanzierung charakteristisch und gerade deswegen wird eine Analyse des Systems komplizierter. Eine zweite Feststellung war, dass die Möglichkeiten und die Funktion eines sozialen Beitrages umso geringer werden, je allgemeiner die Versorgung ist. Infolgedessen stellt sich der Unterschied gegenüber der Steuer jedoch kleiner dar, wenn im Versorgungssystem ein Sozialbeitrag geschaffen wird. Dies wird in der konkreten Untersuchung spürbar. Zudem muss man noch beachten, dass die brasilianische Absicherung gegen Krankheit auf drei Regierungsebenen verteilt ist, wie im Unterkapitel über die Prinzipien der öffentlichen Absicherung gegen Krankheit in Brasilien dargestellt wurde, und dass die Finanzierung dieser Struktur entsprechen muss, wie der schon zitierte Art. 198, § 1.

⁶⁴³ Die oben zitierten anderen Quellen für die Finanzierung des Einheitlichen Gesundheitssystems sind in Art. 32, Absatz I bis VI Gesetz 8080/90 bestimmt: Dienste, die geleistet werden können, ohne die Gesundheitsversorgung zu beeinträchtigen; Spenden; Verkauf von Besitztümern und Einkünften aus Kapitalvermögen; Preise, die im Einheitlichen Gesundheitssystem eingenommen werden; eventuelle Verdienste, auch die kommerziellen und industriellen.

CF zeigt. Es ist infolgedessen nötig zu vertiefen, wie die brasilianische Sozialbeitragsfinanzierung zu verstehen ist.

Nach Art. 198 § 1° CF wird die soziale Sicherheit direkt oder indirekt durch die Gesamtgesellschaft finanziert. Hier sieht man den funktionellen Aspekt, der die Steuerfinanzierung ausmacht. Unter dem Begriff „Finanzierung durch die Gesamtgesellschaft“ wird der Beitragsfinanzierung ein steuerlicher Charakter verliehen. Für die Sozialbeiträge gilt in Brasilien jedoch nach Art. 149 CF, dass sie ein Instrument für Interventionen in den entsprechenden Bereichen sind. Sie müssen also für die soziale Sicherheit eingesetzt werden. Andererseits gilt für die Steuerfinanzierung der Grundsatz der *Non-Affektation*. Art. 167 IV CF erklärt als ausgeschlossen, dass die Einnahmen aus Steuern an ein bestimmtes Organ, einen bestimmten Fonds oder eine bestimmte Ausgabe gebunden werden.

1. Wie ist die Beitragsfinanzierung in Brasilien zu verstehen?

Dass die Systematik der brasilianischen Sozialbeiträge von der Logik der Steuerfinanzierung beeinflusst ist, kann man schon an der Organisation der sozialen Sicherheit sehen. Wie schon erwähnt, sind Beiträge für die soziale Sicherheit in der brasilianischen Verfassung vorgesehen, und zwar Beiträge der Arbeitgeber bzw. der Unternehmen,⁶⁴⁴ der Arbeitnehmer und der übrigen Versicherten der sozialen Vorsorge,⁶⁴⁵ der Importeure⁶⁴⁶ sowie Beiträge aus den Einnahmen aus Glückspiel.⁶⁴⁷ Es gibt jedoch eine Öffnung für die Errichtung neuer Finanzierungsquellen.⁶⁴⁸ Für die Arbeitgeber bzw. die Unternehmen gibt es drei Arten von Beiträgen:⁶⁴⁹ ein Beitrag auf die Gehaltsliste und weitere Einnahmen aus der Arbeit (bezahlt oder gutgeschrieben),⁶⁵⁰ ein weiterer Beitrag auf die Bruttoeinnahmen⁶⁵¹ und ein Letzter auf den Ertrag⁶⁵².

Hier lässt sich schon eine partielle Analyse vornehmen, die auf einer Feststellung aus dem vorherigen Unterkapitel „E.II“ über die Finanzierung und die Struktur der Absicherung

⁶⁴⁴ Art. 195 I CF.

⁶⁴⁵ Art. 195 II CF.

⁶⁴⁶ Vgl. Art. 195 IV CF.

⁶⁴⁷ Art. 195 III CF.

⁶⁴⁸ Art. 195 § 4. CF.

⁶⁴⁹ Art. 195 I a, b und c CF.

⁶⁵⁰ Art. 195 I a CF.

⁶⁵¹ Art. 195 I b CF.

⁶⁵² Art. 195 I c CF.

gegen Krankheit aufbaut. Wie bei der typischen Funktionalität eines sozialen Beitrags kann der Arbeitgeberbeitrag als Beitrag der Wirtschaft und infolgedessen als Beitrag der Allgemeinheit gesehen werden, was gewissermaßen eine Annäherung an die Steuerfinanzierung darstellt. Nach Art. 149 CF gilt in Brasilien der Grundsatz der Zweckbindung der Sozialbeiträge. Trotzdem wird schon in der Untersuchung der Beiträge, die ausdrücklich in der Verfassung vorgesehen sind, eine Abweichung festgestellt. Die Beiträge auf die Bruttoeinnahmen und auf den Ertrag sind nämlich vollständig als Beitrag der Wirtschaft und damit der Allgemeinheit zu sehen.

Die soziale Sicherheit ist in Brasilien in drei Zweige gegliedert: die soziale Vorsorge, die Gesundheit und die Sozialhilfe.⁶⁵³ Es gilt nicht nur die schon zitierte Finanzierung durch die Gesamtgesellschaft, sondern auch innerhalb der Prinzipien der sozialen Sicherheit die Universalität der Deckung und der Versorgung.⁶⁵⁴

Die soziale Vorsorge wird jedoch auf der Grundlage der Beiträge und auf der Grundlage einer Versicherungspflicht gestaltet. In diesem Zweig müssen Kriterien für die Aufrechterhaltung des finanziellen und versicherungstechnischen Gleichgewichts entwickelt und beachtet werden.⁶⁵⁵ Hier kann man beobachten, dass eine große Anzahl von Leistungen in diesem Zweig organisiert ist, welche unmittelbar mit dem Arbeitsleben verbunden sind, wie die Deckung in Fällen von Alter (d.h. Rentenversicherung), Krankheit (d.h. Krankengeld), Arbeitsunfähigkeit,⁶⁵⁶ Tod (d.h. Pension für die Ehegattin bzw. den Ehegatten oder für die Lebenspartnerin bzw. den Lebenspartner und für die Angehörigen)⁶⁵⁷, und unabsichtlicher Arbeitslosigkeit (d.h. Arbeitslosenversicherung).⁶⁵⁸ Hier werden die größere Intensität des Versicherungsprinzips und die Entsprechung von Leistung und Gegenleistung schon spürbar.

Die Sozialhilfe wird Personen in Notlagen unabhängig von einer Beitragszahlung gewährleistet.⁶⁵⁹ Zu den Zielen zählen die Unterstützung der Integration im Arbeitsmarkt;⁶⁶⁰ die Rehabilitation der Personen mit Behinderung und die Unterstützung ihrer Integration ins gesellschaftliche Leben⁶⁶¹ und die Gewährleistung eines Mindestlohns in Fällen von Behinderung und Alter, wenn die Person beweist, dass sie den Lebensunterhalt selbst oder

⁶⁵³ Art. 194 *Caput* CF.

⁶⁵⁴ Art. 194 *parágrafo único* I CF.

⁶⁵⁵ Vgl. Art. 201 *Caput* CF.

⁶⁵⁶ Art. 201 I CF.

⁶⁵⁷ Art. 201 V CF.

⁶⁵⁸ Art. 201 III CF.

⁶⁵⁹ Art. 203 *Caput* CF.

⁶⁶⁰ Art. 203 III CF.

⁶⁶¹ Art. 203 IV CF.

durch die Familie nicht bestreiten kann.⁶⁶² Hinzu kommt der Schutz der Familie, der Mutterschaft und der Kinder.⁶⁶³ Die Finanzierung erfolgt wie für die Gesundheit aus Finanzmitteln des Haushaltes der sozialen Sicherheit und aus anderen Quellen⁶⁶⁴,⁶⁶⁵ aber mit dem Unterschied, dass hier die Unabhängigkeit von Beiträgen ausdrücklich festgelegt ist.

Angesichts der Anzahl der Leistungen im Zweig der *sozialen Vorsorge*⁶⁶⁶, die das Versicherungsprinzip beachten müssen, bleiben wenige Möglichkeiten für eine Weiterleitung der Beiträge des Arbeitnehmers und über die Gehaltsliste an einen anderen Bereich. Diese Beiträge haben eine engere Verbindung mit dem Arbeitsverhältnis als es die sonstigen Leistungen der *sozialen Sicherheit* haben. Dieser Zweig nähert sich also einem Sozialversicherungssystem an. Die Zweckbindung der Beiträge ist hier intensiver.

Für die Beiträge aus der Wirtschaft ist es schon schwierig, das Verhältnis zwischen Absicherung und Beitrag auszumachen. Die Versicherten tragen zu diesen Sozialbeiträgen nicht bei. Zudem haben diese Sozialbeiträge den Ertrag und die Bruttoeinnahmen der Unternehmen und nicht die Einnahmen der Versicherten als Bemessungsgrundlage. Die Verbindung zwischen dem versicherten Risiko und den Gruppen, die die Sozialbeiträge leisten, ist also – wenn überhaupt vorhanden – nur sehr schwach.⁶⁶⁷ Die Einnahmen sind außerdem zwar für die soziale Sicherheit zu nutzen, können aber potenziell beliebig für die drei Zweige verwendet werden. Die Sozialbeiträge, die potenziell für die Gesundheit zur Verfügung stehen, sind also eher als Steuerfinanzierung zu verstehen.

Man kann aber auch allgemein sagen, dass die Systematik der brasilianischen Sozialbeiträge sich von der typischen Funktion von Beiträgen entfernt und sich eher der Systematik der Steuer annähert. Die Sozialbeiträge stehen eher allgemein für die soziale Sicherheit zur Verfügung. Der funktionelle Vorteil einer Aussonderung von besonderen Haushalten ist von daher stark beeinträchtigt. Obwohl an vielen Stellen die Teilnahme der Gesellschaft und der Betroffenen gewährleistet wird,⁶⁶⁸ entsprechen diese Abgaben nicht der Ausdifferenzierung des Systems der sozialen Sicherheit. Sie gehören zur ordentlichen

⁶⁶² Art. 203 V CF.

⁶⁶³ Vgl. Art. 203 I CF.

⁶⁶⁴ Wie bei der Finanzierung des öffentlichen Gesundheitswesens ist hier die Kategorie *andere Quellen* zu erwähnen.

⁶⁶⁵ Art. 204 *Caput* CF.

⁶⁶⁶ Der Schwerpunkt auf der sozialen Vorsorge erklärt sich wahrscheinlich dadurch, dass die brasilianische Sozialversicherung, die vor 1988 bestand, sich zunächst stark auf Vorsorgeleistungen (grundsätzlich Pensionen und Renten) konzentriert hatte und erst 1977 die Gesundheitsversorgung und andere Leistungen von diesem Zweig getrennt hat. Vgl. *Cohn/Elias*, Saúde no Brasil, S. 25 aber auch S. 23 ff.

⁶⁶⁷ Siehe Anhang C.

⁶⁶⁸ In Art. 194 *parágrafo único* VII CF werden innerhalb der Prinzipien der sozialen Sicherheit der demokratische Charakter und die Dezentralisierung der Verwaltung mit der Teilnahme der Arbeiter, der Arbeitgeber, der Pensionierten und des Staates in den Gremien des Systems genannt.

Staatsverwaltung und sind den entsprechenden Ministerien zugeordnet (z.B. Ministerium für Gesundheit, Ministerium für Soziale Vorsorge). Es gibt keine Selbstverwaltung und die Erhebung der Beiträge fällt unter die Zuständigkeit eines Organs der ordentlichen Staatsverwaltung, dem in Deutschland das Finanzamt entspricht. Sowohl die Erhebung der Sozialbeiträge als auch die Verwaltung des öffentlichen Gesundheitswesens wird durch die unmittelbare Staatsverwaltung ausgeübt.

Wie schon vorher erwähnt, wurde das *SUS* mit der brasilianischen Verfassung von 1988 errichtet. Das vorherige System verfolgte einen Sozialversicherungsansatz. In den 20er-Jahren hat der Staat eine Pflichtversicherung eingeführt, wobei diese die typische Finanzierungsgrundlage einer Sozialversicherung aufwies, und zwar die Finanzierung durch die Arbeitnehmer, die Arbeitgeber und den Staat. Diese Pflichtversicherung wurde durch Hilfskassen durchgeführt. Während der 30er-Jahre war ein Prozess der Vereinheitlichung dieser Hilfskassen festzustellen. Es wurden unterschiedliche Institutionen geschaffen, die bundesweit und bezogen auf bestimmte Berufszweige zuständig waren. Diese wurden zwar als Körperschaften des öffentlichen Rechtes⁶⁶⁹ angesehen, der Staat war aber an der Verwaltung direkt beteiligt. Es bestand noch ein Gremium mit Vertretern der Arbeitnehmer und der Arbeitgeber. Diese haben aber das Stimmrecht bei den Entscheidungen verloren.⁶⁷⁰

Der Reihe nach wurde bestimmt, dass die Einnahmen der Sozialversicherung in die Industrialisierung des Landes zu investieren waren und so wurde eine Art Kapitaldeckungsverfahren für die Sozialversicherung geschaffen. Dies hat bis in die 60er-Jahre bestanden und war der Anlass für die politische Nutzung der Einnahmen der Sozialversicherung, welche eher zur Aufrechterhaltung von Machtstrukturen als zur Sicherung der Lebensgrundlagen der Versicherten diente. Bis in die 60er-Jahre, bzw. bis zum Beginn der Militärdiktatur im Jahr 1964 ist es aber auch zu Auseinandersetzungen zwischen Staat und Arbeitnehmern gekommen. Letztere verlangten die Kontrolle über die Sozialversicherung, da sie die hauptsächlichen Finanzierer waren bzw. durch die Finanzierung am stärksten belastet wurden.⁶⁷¹

Daraus ergibt sich, dass sogar im alten System wesentliche Merkmale einer Sozialversicherung fehlten. Eine Selbstverwaltung hat sich nicht entwickelt, der Zusammenhang zwischen der Tragung von Beiträgen und der Sicherung wurde nicht beachtet und es war deswegen unmöglich, besondere Haushalte für die Sozialversicherung zu bilden

⁶⁶⁹ Auf Portugiesisch „entidades públicas autárquicas“.

⁶⁷⁰ Vgl. *Cohn/Elias*, Saúde no Brasil, S. 13 ff.

⁶⁷¹ Vgl. ebd., S. 16 ff.

und daraus einen funktionellen Vorteil zu schaffen. Es ist infolgedessen keine Überraschung, dass die Sozialversicherung in Brasilien ihre Legitimationsgrundlage verloren hat. Sogar in den wissenschaftlichen Abhandlungen des Themas gibt es Ansichten, die anscheinend die Sozialversicherung an sich negativ bewerten.

Als COHN die Inkongruenzen der brasilianischen Sozialversicherung schildert, die vor 1988 bestanden, beschreibt sie die Rentner und Pensionierten als „der unerbittlichen Bestimmung der versicherungstechnischen Kalkulationen unterworfen: Pensionen und Renten sind mehr eine Frage der Buchhaltung als eine Frage des Rechts“.⁶⁷² In dieser Aussage, die ich als Beispiel wiedergebe, sind zwei Inhalte enthalten, die differenziert werden müssen: einerseits, dass die Sozialversicherung nicht entsprechend ihrer Zielen durchgeführt wurde und dass dafür die Gesetzgebung und die versicherungstechnischen Kalkulationen auf Kosten der Bedürfnisse der Arbeitnehmer missbraucht wurden; andererseits die indirekte Behauptung, dass Recht und versicherungstechnische Kalkulationen an sich unvereinbar sind. Dazu habe ich eine andere Ansicht. Die versicherungstechnischen Kalkulationen sind dafür gedacht, die Sicherung im Leistungsfall zu gewährleisten. Wurde dies gemacht, wurde auch meistens die Sozialversicherung ihren Zielen entsprechend durchgeführt. Das ist eine Voraussetzung, damit notwendige Änderungen, Ergänzungen und Verbesserungen des Systems überhaupt denkbar sind. Meine Hypothese wäre zudem, dass sogar für das neue *SUS* sowohl formelle Kalkulationen als auch eventuell konkrete versicherungstechnische Kalkulationen nicht unwesentlich sind.

2. Die Einführung einer Zweckbindung der Steuern

Der Bund hat die Zuständigkeit, Sozialbeiträge einzuführen.⁶⁷³ Eine Betrachtung der brasilianischen Verfassung (CF) ergibt, dass Bundesländer und Gemeinden an den Sozialbeiträgen nicht beteiligt sind. Auch im Gesetz N. 8.212, vom 24. Juli 1991,⁶⁷⁴ das die Organisation und Finanzierung der sozialen Sicherheit reguliert, findet sich dies nicht.⁶⁷⁵

⁶⁷² Vgl. ebd., S. 25.

⁶⁷³ Art. 149 i. V. m. Art. 195 CF.

⁶⁷⁴ Brasilien, Gesetz Nr. 8.212, vom 24. Juli 1991, abrufbar unter: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8212compilado.htm, Zugriff am 04. 08. 2015.

⁶⁷⁵ Das bedeutet aber nicht, dass diese Gelder die anderen Ebenen nicht erreichen. Die untergesetzliche Ebene bleibt offen. Der Begriff wäre hier „freiwillige Finanztransfers“. Der Bund überweist Geld an die anderen Ebenen wegen Kooperation, Hilfe oder finanzieller Unterstützung. Unter freiwilligen Finanztransfers versteht man die Transfers, die unter keiner gesetzlichen oder Verfassungsbestimmung erfolgen oder an das Einheitliche Gesundheitssystem gerichtet sind. Hier setzt man voraus, dass es eine Vereinbarung gibt. Das Geld ist außerdem für die bestimmten Ziele zu nutzen. Art. 25 und § 2° LC 101/2000 (Brasilien, Ergänzendes

Nicht nur der Bund hat aber ein Budget für die Gesundheit, sondern auch jedes Bundesland und jede Gemeinde. Diese werden steuerfinanziert.

Es gibt jedoch die Bindung eines Mindestprozentsatzes der Einnahmen sowohl des Bundes, als auch der Bundesländer, der Gemeinden und des Bundesdistriktes.⁶⁷⁶ Diese sind Mindestwerte für die Finanzierung der Gesundheit. Die gesamten in der Verfassung vorgesehenen Steuern, die entweder direkt unter der Zuständigkeit der Bundesländer, der Gemeinden und des Bundesdistriktes stehen oder die diese indirekt von den anderen Ebenen bekommen, werden als Bemessungsgrundlage für die Mindestausgabe für die Gesundheit herangezogen. Für die Bundesländer gilt der Prozentsatz von 12 % des Steueraufkommens,⁶⁷⁷ für die Gemeinden 15 %. Der Bundesdistrikt wird nicht in unterschiedliche Gemeinden „aufgeteilt“. Er hat von daher Zuständigkeiten und Rechte, die diejenigen sowohl der Gemeinden als auch der Bundesländer umfassen. Als Bundesland hat er Rechte gegenüber dem Bund auf die Verteilung bestimmter Einnahmen. Für den Bundesdistrikt sind infolgedessen 15 % der Einnahmen als Bundesland und 12 % als Gemeinde für die Finanzierung des öffentlichen Gesundheitswesens zu verwenden.⁶⁷⁸ Der Bundesdistrikt muss außerdem 12 % der Einnahmen der Steuern, die nicht unter die Zuständigkeit der Bundesländer und der Gemeinden fallen, in die Gesundheit investieren.⁶⁷⁹ Die Einnahmen aus diesen Steuern sind für die Finanzierung der Gesundheit zweckgebunden.⁶⁸⁰ Der Bund muss 15 % des Betrags einsetzen, der auf die „netto laufenden Einnahmen“⁶⁸¹ berechnet wird.⁶⁸² Es

Gesetz Nr. 101, vom 04. Mai 2000, abrufbar unter:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm>, Zugriff am 06. 02. 2017). Die Gelder werden aber als Ausgabe des Bundes gerechnet.

⁶⁷⁶ Art. 198, § 2° CF.

⁶⁷⁷ Die Beträge, die an die Gemeinden überwiesen wurden, werden nicht berücksichtigt (Art. 198 § 2 II CF).

⁶⁷⁸ Art. 198 § 2. II und III CF i. V. m. Art. 6 und 7 LC 141/2012 (Brasilien, ergänzendes Gesetz Nr. 141, vom 13. Januar 2012, abrufbar unter: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/LCP/Lcp141.htm>, Zugriff am 04. 10. 2016).

⁶⁷⁹ Dafür Art. 8° LC 141/2012. Weitere Einzelheiten für die Berechnung des Prozentsatzes der Bundesländer und Gemeinden Art. 9., 10., 11.

⁶⁸⁰ Art. 198 § 2. I, II, III CF i.V.m. Art. 6, 7 und 8 LC 141/2012. Für weitere Informationen siehe Anhang A.

⁶⁸¹ In den „laufenden Einnahmen“ sind die Einnahmen aus den Abgaben, den Beiträgen, dem staatlichen Vermögen und staatlicher unternehmerischer Tätigkeit enthalten. Diese Einnahmen sind in der Regel innerhalb eines Jahres als „laufende Ausgaben“ zu verbrauchen. Sie vergrößern das dauerhafte Staatsvermögen nicht. Sie stellen keine Investition dar. (Abgabe ist der allgemeinste Begriff und schließt die Beiträge mit ein. Die zwei Begriffe werden trotzdem in Art. 11 § 1° und 4° Gesetz 4320/64 nebeneinander zitiert [Brasilien, Gesetz Nr. 4.320, vom 17. März 1964, aktualisiert am 23.02.2001, Version abrufbar unter: <http://www.franca.unesp.br/Home/Administracao/SecaoTecnica/Contabilidade/Lei_4.320-64.pdf>, Zugriff am 21. 07. 2015]). Für den Begriff „Receita Corrente“ [laufende Einnahme] vgl. Art. 11, §§ 1° und 4° Gesetz 4320/64. Ein Glossar des Bundeslandes São Paulo definiert „netto laufende Einnahmen“ als die „laufenden Einnahmen“ abzüglich der Finanztransfers an die Gemeinden aus Abgaben unter Zuständigkeit der Bundesländer. Dieser gemeindliche Anteil kann einfachgesetzlich oder verfassungsrechtlich bestimmt sein. Das gleiche gilt für den Bund mit dem Unterschied, dass nicht nur die Transfers an die Gemeinden, sondern auch die Transfers an die Bundesländer abgezogen werden. São Paulo, Governo do Estado de São Paulo, Secretaria da Fazenda, Glossário de Termos de Finanças e de Orçamento

gibt hier eine Methode, um den Betrag zu ermitteln. Es wird aber nicht bestimmt, woher das Geld kommen muss. Es ist aber schon zu vermuten, dass die Sozialbeiträge Priorität genießen.

Nach Artikel 167 IV CF gilt der Grundsatz der *Non-Affektation* der Steuer. Ausnahmen sind aber die Verteilung der Einnahmen der Steuern gemäß Art. 158 und 159 CF, die Aufwendung von Geldmitteln für öffentliche Maßnahmen und die Gesundheitsdienste nach Art. 198 § 2 CF. Es gibt noch andere Ausnahmen. Man kann hier schon erkennen, dass allein die Finanzierung eines ganzen Zweiges der sozialen Sicherheit, der Gesundheit, wesentlich durch zweckgebundene Steuern die Grenzen einer bloßen Ausnahme überschreitet.⁶⁸³ Die Bindung von Prozentsahlen der Einnahmen des Staates kann wegen der Zweckbindung und wegen der Aussonderung aus dem allgemeinen Staatshaushalt als Substitut eines Beitrages gesehen werden. Die Funktion der Zweckbindung als Substitut eines Beitrages zeigt sich auch in der Entwicklung, die im nächsten Unterkapitel beschrieben wird.

3. Die Sozialbeiträge und die Aufhebung der Zweckbindung

Von 1997 bis 2007 gab es einen provisorischen Beitrag auf Finanzverkehr (CPMF).⁶⁸⁴ Seit der Beitrag bis 2007 verlängert wurde, galt der Prozentsatz von 0,38 %.⁶⁸⁵ Das Spektrum der Beitragsverpflichteten war sehr breit. Unter ihnen waren die Inhaber von Konten bei Geldinstituten, wo ein Finanzverkehr stattfindet, ebenso die Nutznießer der Liquidation oder Bezahlung von Krediten, Rechten und Werten.⁶⁸⁶ Vereinfachend gesagt, betraf dies fast alle Personen, die irgendeine finanzielle Angelegenheit mit einem Geldinstitut regeln.

Die Verfassungsnovelle 12 aus dem Jahr 1996 ermöglichte die Errichtung des Beitrages durch das Gesetz 9.311 aus dem Jahr 1996.⁶⁸⁷ Es wurde bestimmt, dass die Einnahmen daraus vollständig für die Finanzierung der Gesundheit zu nutzen waren.⁶⁸⁸ Der

Público, abrufbar unter: <<http://www.fazenda.sp.gov.br/contas1/glossario.shtm>>, Zugriff am 21. 07. 2015; Ministério da Fazenda, Secretaria do Tesouro Nacional, Tesouro Transparente, abrufbar unter: <<http://www.tesourotransparente.gov.br/ckan/dataset/receita-corrente-liquida-da-uniao>>, Zugriff am 01. 03. 2017 für den Begriff „Receita Corrente Líquida“ [netto laufenden Einnahmen].

⁶⁸² Art. 198 § 2° I CF.

⁶⁸³ Siehe Tabelle in Anhang D. Die Steuerfinanzierung ist insbesondere auf Ebene der Bundesländer und der Gemeinden wesentlich, wobei es eine Zweckbindung gibt. Festzustellen ist auch, dass die Beteiligung von Bundesländern und Gemeinden an der Finanzierung wächst.

⁶⁸⁴ Werte, Kredite und Rechte finanzieller Natur. Auf Portugiesisch heißt der Beitrag „Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira“ (CPMF).

⁶⁸⁵ Art. 90 ADCT CF. Die ADCT bedeuten übersetzt „vorübergehende verfassungsmäßige Verfügungen“. Sie sind den letzten Teil der Verfassung.

⁶⁸⁶ Art. 2°, I, II, III; Art. 4° Gesetz 9.311/1996 (Brasilien, Gesetz Nr. 9.311, vom 24 Oktober 1996, abrufbar unter: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9311.htm>, Zugriff am 11. 08. 2015).

⁶⁸⁷ Art. 74 Caput ADCT CF.

⁶⁸⁸ Art. 74 § 3 ADCT CF.

Beitrag konnte ursprünglich maximal für zwei Jahre bestehen.⁶⁸⁹ Diese Frist wurde aber mehrmals bis schließlich 2007 verlängert.⁶⁹⁰ Durch die Verfassungsnovelle 21 aus dem Jahr 1999 wurde bestimmt, dass die Einnahmen auch für die soziale Vorsorge verwendet werden dürfen.⁶⁹¹ Durch die Verfassungsnovelle 37 aus dem Jahr 2002 wurde für einen Teil der Mittel die gleiche Bestimmung getroffen, diesmal zugunsten eines Fonds zur Bekämpfung der Armut.⁶⁹² Die Zweckbindung wurde also durch Verfassungsänderung weitgehend aufgehoben.

Mit der Verfassung von 1989 wurde ein neues öffentliches Gesundheitswesen eingeführt, das *SUS*. Die Ausdehnung der Deckung habe nach einem Bericht des Abgeordnetenhauses ohne eine adäquate Planung und Vorbereitung der notwendigen Finanzierung stattgefunden. Die Defizite in der Finanzierung seien insbesondere ab 1993 deutlich geworden. Denn die Beiträge der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer seien nicht mehr für die Gesundheit eingesetzt worden, da auch in der sozialen Vorsorge Defizite bestanden hätten. Die Schaffung dieses Beitrags sei eine der getroffenen Notmaßnahmen gewesen. Aber schon im ersten Jahr sei klar geworden, dass dieser Beitrag keine Verbesserung der Finanzierung bewirkt habe, da andere Finanzquellen nicht mehr für die Gesundheit eingesetzt worden seien.⁶⁹³ Zudem muss man noch beachten, dass die Zweckbindung selbst dieses Beitrags im Laufe der Zeit zunehmend durchbrochen wurde.

Angesichts des Ausbleibens einer Verbesserung der Lage für die Finanzierung hat der Nationalkongress im Rahmengesetz für den Staatshaushalt eine Bindung an die Beträge eingeführt, die im vorherigen Jahr schon in die Gesundheitsversorgung investiert worden waren. Diese Regelung wurde durch die Verfassungsnovelle 29/2000 in die Verfassung übernommen, welche auch die vorher beschriebene Zweckbindung der Einnahmen des Bundes, der Bundesländer, der Gemeinden und des Bundesdistrikts enthielt.⁶⁹⁴ Für die Bundesländer und für die Gemeinden werden die Einnahmen aus den Steuern gebunden.

⁶⁸⁹ Art. 74 § 4 ADCT CF.

⁶⁹⁰ Art. 75 *Caput*, Art. 84 *Caput* und Art. 90 *Caput* ADCT CF.

⁶⁹¹ Art. 75 § 2 ADCT CF.

⁶⁹² Art. 84 § 2 III ADCT CF.

⁶⁹³ *Brasilien*, Financiamento da Saúde: Brasil e outros Países com Cobertura Universal, Nota Técnica Nr. 12, de 2013, S. 7 f.

⁶⁹⁴ Auf Portugiesisch *Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO)*. Art. 37 Gesetz 9.473/1997 bestimmt, dass im Jahr 1998 mindestens die Werte investiert werden, die bereits im Jahr 1997 für die Gesundheitsversorgung bestimmt wurden (Brasilien, Gesetz Nr. 9.473, vom 22. Juli 1997, abrufbar unter: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9473.htm>, Zugriff am 23. 09. 16); Art. 48 I Gesetz 9.811/1999 (Brasilien, Gesetz Nr. 9.811, vom 28. Juli 1999, abrufbar unter: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9811.htm>, Zugriff am 26. 09. 2016); *Brasilien*, Financiamento da Saúde: Brasil e outros Países com Cobertura Universal, Nota Técnica Nr. 12, de 2013, S. 8.

Auf der Ebene des Bundes sieht man widersprüchliche Tendenzen, da es eine Zweckbindung der Einnahmen für die Finanzierung der Gesundheit gibt, die Zweckbindung der Sozialbeiträge aber vernachlässigt wird. Seit 1994 wurde durch Verfassungsnovelle die Möglichkeit eingeräumt, einen Teil der Sozialbeiträge von der Zweckbindung zu lösen. Damals wurde die Zweckbindung von 20 % der Einnahmen aufgehoben.⁶⁹⁵ Über die aktuellsten Entwicklungen ist zu berichten, dass bis 31. Dezember 2015 20 % der Einnahmen des Bundes aus Steuern, aus Sozialbeiträgen und aus „Beiträgen für die Intervention in die Wirtschaft“⁶⁹⁶ von der Bindung an Organe, Fonds oder Ausgaben ausgenommen wurden. Die Verfassungsnovelle 93 aus dem Jahr 2016 hat diese Frist bis 2023 verlängert und die Aufhebung der Bindung auf 30 % erhöht^{697, 698}. Außerdem wurde die Aufhebung der Zweckbindung für die Bundesländer, Gemeinden und für den Bundesdistrikt eingeführt bzw. ausgeweitet. 30 % der Einnahmen aus Steuern, aus Gebühren und Bußgeldern sind bis 2023 von der Zweckbindung ausgenommen. Ausnahmen sind z.B. die Zweckbindung für die Finanzierung der Gesundheit und der Bildung.⁶⁹⁹

Die Untersuchung von REOLON zeigt allerdings, dass es unterschiedliche Methoden gibt, um die Zweckbindung der Beiträge aufzuheben. Ein Beispiel ist die Aufhebung auf der Ebene der Verwaltung. Einnahmen und Ausgaben müssen unmittelbar in der Staatskasse ausgeglichen werden. Das Problem ist, dass sich die Kategorien in der Buchhaltung der Staatskasse manipulieren lassen, was letztlich auch die Evaluierung und die Kontrolle der staatlichen Finanzen beeinflusst bzw. erschwert. In der brasilianischen Verwaltungspraxis werden Einnahmen nicht wieder investiert und die konkrete Bezahlung offener Rechnungen unter der Kategorie „verbleibende zu bezahlende Anteile“⁷⁰⁰ verbucht. Eine der Konsequenzen auf Einnahmenseite ist, dass Gelder länger in der Staatskasse verbleiben als es adäquat wäre, was im Laufe der Jahre die Kontrolle der Zweckbindung erschwert. In

⁶⁹⁵ *Jorge/Mesquita/Miranda*, Impacto da Reforma Tributária no financiamento da Seguridade Social e especificamente da Saúde, S. 2 f.

⁶⁹⁶ Art. 149 „Caput“ CF bestimmt, dass der Bund zuständig ist, „Sozialbeiträge“ und „Beiträge für die Intervention in die Wirtschaft“ als Instrument für die staatlichen Tätigkeiten in den entsprechenden Bereichen zu gestalten. *Paulsen* weist darauf hin, dass die „Beiträge für die Intervention in die Wirtschaft“ solche Tätigkeiten des Bundes finanzierten, die die Prinzipien der brasilianischen Wirtschaftsordnung nach Art. 170 umsetzen. Ein Beispiel dafür sei der Beitrag für den Brasilianischen Hilfsdienst für Klein- und Mikro-Unternehmen (Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas – SEBRAE). Damit sei Art. 170 IX CF Rechnung getragen. Art. 170 IX CF bestimmt die bevorzugte Behandlung von Klein-Unternehmen, die unter brasilianischem Recht errichtet werden und ihre Hauptgeschäftsstelle in Brasilien haben. *Paulsen*, Curso de Direito Tributário, S. 60 f.

⁶⁹⁷ Im neuen Wortlaut fehlt die Bezugnahme auf Steuern und die Gebühren wurden eingeführt.

⁶⁹⁸ Es ist nur eine Ausnahme in Bereich der Bildung vorgesehen (Art. 76 § 2. ADCT CF; neue Fassung im Vergleich zur alten Fassung).

⁶⁹⁹ Vgl. Art. 76-A I und Art. 76-B I ADCT CF.

⁷⁰⁰ Auf Portugiesisch „restos a pagar“.

Verbindung mit diesem Problem kommt es auf Ausgabenseite vor, dass die „verbleibenden zu bezahlenden Anteile“ für das nächste Jahr bestehen bleiben, was Defizite in den Staatsfinanzen verursacht. Diese müssen durch unterschiedliche Finanzierungsquellen ausgeglichen werden, wie z.B. als „Überschuss“⁷⁰¹ bezeichnete verbleibende Einnahmen aus Beiträgen. Nur um ein Beispiel zu geben: Im Jahr 2010 verblieben R\$ 357,8 Milliarden in der Staatskasse des Bundes und R\$ 129 Milliarden wurden in der Kategorie „verbleibende zu bezahlende Anteile“ registriert. Die Einbehaltung der Einnahmen hat sogar verpflichtende Ausgaben betroffen, wie die Ausgaben für Gesundheit, Bildung und soziale Vorsorge.⁷⁰²

Für diesen Sachverhalt gibt es administrative Gründe. Ein wichtiges Beispiel ist das Ziel der Verwaltung, einen Überschuss in der Kasse zu haben, um die Zahlungsfähigkeit des Staates zu gewährleisten. Problematisch ist jedoch, dass die Zweckbindung für die verbleibenden Einnahmen nicht mehr beachtet wird und dass die Kategorie „verbleibende zu bezahlende Anteile“ Defizite verursacht. Das Organ, das die Finanzen des Bundes überwacht,⁷⁰³ hat die Verwaltung angewiesen, die Situation zu korrigieren, d.h. diese Praxis zu beenden. Ein Gesetz aus dem Jahr 2000 hat zwei Straftatbestände eingeführt. Zum einen bezüglich der Anordnung von Ausgaben, die im Gesetz nicht vorgesehen sind, und zum anderen bezüglich der ausgebliebenen Tilgung der Werte, die in der Kategorie „verbleibende zu bezahlende Anteile“ registriert sind. Es wird im „ergänzenden Gesetz“⁷⁰⁴ 101 aus dem Jahr 2000 auch bestimmt, dass die Zweckbindung beachtet werden muss, selbst wenn es sich um verbleibende Werte handelt.⁷⁰⁵ Meine Hypothese ist, dass die „informellen“ Methoden zur Aufhebung der Zweckbindung durch deren Institutionalisierung ersetzt werden. Dies findet durch die Gesetzgebung und infolge der „Aufsicht“ über die staatlichen Finanzen statt. Anzeichen für eine substantielle Lösung des Problems lassen sich hingegen nicht finden.⁷⁰⁶

Die Nutzung der Sozialbeiträge für die Ergänzung des allgemeinen Haushaltes hat historische Gründe. Nach der Militärdiktatur folgte 1987 die verfassungsgebende Versammlung. Nach einer Zeit der erheblichen Zentralisierung wurde die Dezentralisierung

⁷⁰¹ Auf Portugiesisch „superavit“, ein Überschuss durch Ersparnisse.

⁷⁰² *Reolon* hat einen Bericht und die Stellungnahme der Aufsichtsorgane „TCU“ analysiert. Daten: Tribunal de Contas da União. Relatório e Parecer Prévio sobre as Contas do Governo da República. Exercício de 2010. In meiner Zusammenfassung der Informationen von *Reolon* sind daher auch Informationen aus diesem Bericht enthalten. Vgl. *Reolon*, Desvinculação e Desvio das receitas das Contribuições Sociais, S. 309 ff.

⁷⁰³ Auf Portugiesisch „TCU“ *Tribunal de Contas da União*.

⁷⁰⁴ Die ergänzenden Gesetze werden nach Art. 69 CF durch absolute Mehrheit verabschiedet. Im Vergleich mit den ordentlichen Gesetzen sind die ergänzenden Gesetze infolgedessen schwieriger zu verabschieden.

⁷⁰⁵ Art. 8 parágrafo único LC 101/2000; vgl. oben Fn. 702.

⁷⁰⁶ Anscheinend bleibt die Tendenz zur Vernachlässigung der Zweckbindung bestehen, die schon die Sozialversicherung vor 1988 ausgezeichnet hat. Dies habe ich am Ende des obigen Abschnitts „E.IV.1“ beschrieben. Meine Einschätzung ist, dass die Gründe dafür unterschiedlich sind und dass die Situation sich teilweise verbessert hat. Das Thema verlangt weitere Untersuchungen.

als einziger Weg gesehen. Zudem war der Druck für direkte Wahlen stark, trotzdem wurde der letzte Präsident⁷⁰⁷ in der Übergangsphase indirekt gewählt. Als der Präsident starb, übernahm der Vizepräsident dessen Funktion. Infolgedessen verlor die Präsidentschaft an Kraft. In der Debatte über die neue Gestaltung des Steuerwesens wurden die Interessen des Bundes zu spät vertreten, sodass die neue Verfassung die Einnahmen aus Steuern auf der Ebene des Bundes drastisch reduziert und eine sehr großzügige Verteilung der Einnahmen auf die anderen Ebenen, insbesondere die kleinen Gemeinden, vorgesehen hat.⁷⁰⁸ Es ist also nachvollziehbar, warum die Zweckbindung der Sozialbeiträge vernachlässigt wird. Das bringt jedoch Konsequenzen mit sich. Die Errichtung eines neuen Beitrages für die Finanzierung der Gesundheit begegnet daher einem starken Widerstand. Die Argumente sind, dass Brasilien eine der höchsten Steuerlasten habe und zu wenig in die essentiellen Bereiche wie die Gesundheitsversorgung investiere. Zudem müssten die Fehlfunktionen im Steuerwesen und die Bestimmung der Einnahmen korrigiert werden, bevor eine Steuererhöhung in Betracht komme.⁷⁰⁹

4. Analyse

Das Gesamtbild ist ambivalent: einerseits die Aufhebung der Zweckbindung der Sozialbeiträge des Bundes, andererseits die Einführung der Zweckbindung der Steuern für Bundesländer und Gemeinden und wiederum andererseits die Ausweitung der Aufhebung der Zweckbindung nun auf der Ebene der steuerlichen Einnahmen von Bundesländern und Gemeinden. Die Zweckbindung der Steuer für die Finanzierung des öffentlichen Gesundheitswesens wird auf der Ebene der Bundesländer und Gemeinden nicht aufgehoben. Trotzdem zeigt sich hier die Inkongruenz in der Regulierung und in der Verwaltung. Diese Inkongruenz erschwert es, das System zu erfassen und zu kontrollieren.

Ich habe im Abschnitt „C.II“ dargestellt, dass die Gesundheitsversorgung in Brasilien vor 1988 eine Sozialversicherungsperspektive hatte. Daraus entwickelte sich aber keine Selbstverwaltung und die Beiträge waren weitgehend nicht zweckgebunden. Die Sozialversicherung dürfte infolgedessen ihre Legitimation verloren haben.

Aus der obigen Darstellung der „Die Finanzierung der öffentlichen Absicherung in *Brasilien*“ und aus dem bereits zitierten Abschnitt ergibt sich, dass keine besonderen

⁷⁰⁷ Der Präsident hieß Tancredo Neves.

⁷⁰⁸ Vgl. *Reolon*, Desvinculação e Desvio das receitas das Contribuições Sociais, S. 206 ff.

⁷⁰⁹ Vgl. *Barbosa*, Direito à Saúde e Solidariedade, S. 50 m. w. N.

Vorkehrungen für die Finanzierung des neuen SUS getroffen wurden, obwohl die Universalität als dessen Grundlage bestimmt wurde. Angesichts der nicht ausreichenden Finanzierung dürfte der Druck entstanden sein, einen Sozialbeitrag zu schaffen. Die Zweckbindung dieses Beitrags wurde aber zunehmend gebrochen. Dieser Umstand hat dazu beigetragen, dass der Widerstand gegen die Errichtung eines neuen Sozialbeitrages für die Gesundheit gewachsen ist.

Da die Sicherung im Krankheitsfall aber immer noch verlangt, dass ausreichende Finanzmittel zur Verfügung stehen, bliebe dann nur den Weg der Zweckbindung der Steuer offen. Paradox ist, dass dann aber eine Aufhebung der Zweckbindung entstanden ist und sich ausweitete. Das hat teilweise historische Gründe. Das Problem aber ist von Anfang an gewesen, dass es eine Inkongruenz zwischen den Grundprinzipien der Absicherung und deren tatsächlicher Umsetzung gibt. Daraus ergeben sich für die Verwaltung weitere Probleme.

Es gibt in der Steuerfinanzierung nach der typischen Funktionsweise zwar keinen festen Betrag, der für die Finanzierung der Gesundheitsversorgung im Voraus aus dem allgemeinen Haushalt ausgesondert wäre. Aus der Steuerfinanzierung entstehen aber Erwartungen in der Gesellschaft und Ansprüche der Individuen, die zu Konsequenzen führen. Dazu können der Verlust der Legitimationsgrundlage des öffentlichen Gesundheitswesens und der Widerstand gegen die Abgaben zählen. Ferner führt das oben beschriebene Paradox dazu, dass die Finanzverwaltung zum Chaos wird. Das hat weitere Probleme für die Staatsverwaltung zur Folge.

F. Die Wege der Grenzziehung und des Verhältnisses zwischen privat und öffentlich

I. Die Reform vom 2007 in Deutschland

Das Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz – GKV-WSG) vom 26. März 2007 und das Gesetz zur Reform des Versicherungsvertragsrechts (VVG-ReformG) vom 23. November 2007 haben wesentliche Änderungen von Vorschriften des SGB V und des VVG gebracht, die das Verhältnis zwischen privaten Krankenversicherungen und gesetzlichen Krankenkassen betreffen.⁷¹⁰ Im Wesentlichen konzentrieren sich die neuen Regelungen einerseits auf die Einführung des Basistarifes und einer teilweisen Portabilität der Alterungsrückstellungen in der PKV; andererseits auf die Ausdehnung der Versicherungspflicht in der GKV und die Einführung der Wahltarife für die gesetzlichen Krankenkassen.⁷¹¹ Zudem wurde noch eine Versicherungspflicht für alle Einwohner Deutschlands in der GKV oder in der PKV eingeführt.

1. Basistarif und Portabilität der Alterungsrückstellungen in der PKV

Der Basistarif stellt zusammengefasst eine Verpflichtung der privaten Versicherungen zum Angebot eines Tarifes dar, dessen Leistungen dem Leistungsspektrum der gesetzlichen Krankenkassen vergleichbar sind. Der Beitrag darf den maximalen Beitrag der gesetzlichen Krankenversicherungen nicht überschreiten. Eine Ablehnung oder Kündigung erfolgt nur in Sonderfällen. Bei Hilfebedürftigkeit sinkt der Beitrag auf die Hälfte und auch im Fall eines Rückstands bleibt eine Notversorgung bestehen. Die Portabilität ermöglicht die Mitnahme der Alterungsrückstellung, wenn der Versicherungsnehmer entweder in einen anderen Tarif seines Versicherers oder zu einem neuen Unternehmen wechseln will. Für Unternehmenswechsel ist die Mitnahme auf den Wert der Alterungsrückstellung des Basistarifes begrenzt.⁷¹²

⁷¹⁰ Siehe Art. 1 Nr. 3 a und e, Nr. 33, Nr. 153 a und b, Nr. 213; Art. 44 Nr. 5 a bis d, Nr. 7; Art. 45 Nr. 1, Nr. 2 b, Nr. 3 bis 7, GKV-WSG vom 26. März 2007, Bundesgesetzblatt 2007, Teil I, Nr. 11, Bonn: 30. März 2007, S. 378 (BGBl. I S. 378); Art. 11 Abs. 1 und Abs. 2 VVG-ReformG, vom 23. November 2007, Bundesgesetzblatt 2007, Teil I, Nr. 59, Bonn: 29. November 2007, S. 2631 (BGBl. I S. 2631).

⁷¹¹ BVerfG, 1 BvR 706/08, Rn. 13.

⁷¹² Vgl. BVerfG, 1 BvR 706/08. Die Notversorgung, der Basistarif und die Portabilität wurden im Unterkapitel über die Ausprägungen der privaten Krankenversicherung in Deutschland behandelt.

2. Ausdehnung der Versicherungspflicht in der GKV

Für das Verständnis der Ausdehnung der Versicherungspflicht ist § 6 Abs. 1 Nr. 1 SGB V maßgeblich. Diese Regelung bestimmt, dass Arbeiter und Angestellte, deren regelmäßiges Jahresarbeitsentgelt die Jahresarbeitsentgeltgrenze überschreitet, versicherungsfrei sind. Die Bundesregierung bestimmt und aktualisiert gemäß § 6 Abs. 6 S. 2 bis 4 SGB V die Jahresarbeitsentgeltgrenze durch Rechtsverordnung für jedes Jahr gemäß der allgemeinen Lohn- und Gehaltsentwicklung.⁷¹³

Es sind aber zwei unterschiedliche Jahresarbeitsentgeltgrenzen vorgesehen; eine auf Grundlage des § 6 Abs. 6 SGB V und eine auf Grundlage des § 6 Abs. 7 SGB V. § 6 Abs. 7 S. 2 SGB V verweist aber wiederum auf Abs. 6 S. 2 bis 4, wo, wie gerade erwähnt, die Methode für die Aktualisierung der Jahresarbeitsentgeltgrenze bestimmt wird. Damit gilt für beide die gleiche Methode. Der Unterschied ist, dass die Werte nach Abs. 7 niedriger werden.⁷¹⁴ Im Jahr 2016 z. B. beträgt die Jahresarbeitsentgeltgrenze 56.250 Euro (nach Abs. 6) bzw. 50.850 Euro (nach Abs. 7).⁷¹⁵ Der Unterschied ergibt sich daraus, dass die Ausgangswerte nach Abs. 7 niedriger sind.

In der Regel gilt die Jahresarbeitsentgeltgrenze nach Abs. 6. Gemäß dessen Satz 1 betrug die Jahresarbeitsentgeltgrenze im Jahr 2003 45.900 Euro; nach Abs. 8 im Jahr 2004 45.594, 05 Euro. Diese Jahresarbeitsentgeltgrenze wird, wie schon erwähnt, nach Abs. 6 S. 2 bis 4 aktualisiert. Absatz 7 stellt eine Abweichung von Abs. 6 S. 1 dar und setzt die Jahresarbeitsentgeltgrenze im Jahr 2003 auf 41.400 Euro und nach Abs. 8 im Jahr 2004 auf 41.034, 64 Euro. Die Aktualisierung erfolgt auch nach Abs. 6 S. 2 bis 4. Diese Werte gelten nach § 6 Abs. 7 S. 1 SGB V für Arbeitgeber und Angestellte, die am 31. Dezember 2002 wegen Überschreitens der Jahresarbeitsentgeltgrenze versicherungsfrei und durch eine substitutive Krankenversicherung privat versichert waren. Es handelt sich also um eine spezielle Regelung. Durch das ununterbrochene Überschreiten dieser Jahresarbeitsentgeltgrenze bleiben für die entsprechenden Versicherten dann weiter die niedrigen Grenzen bestehen.⁷¹⁶

Hintergrund für diese Spaltung ist, dass die Versicherungspflichtgrenze in der GKV deutlich angehoben wurde. Abs. 7 wirkt so, dass die Anhebung die damals bereits privat

⁷¹³ Vgl. § 6 Abs. 6 S. 2 bis 4 SGB V; vgl. *Just*, in: Becker/Kingreen, SGB V, § 6 Rn. 4.

⁷¹⁴ *Krauskopf-Baier*, in: Wagner/Knittel, SGB V, § 6 Rn. 68.

⁷¹⁵ *Moritz-Ritter*, in: Hänlein/Schuler, SGB V, § 6 Rn. 6.

⁷¹⁶ *Wiegand*, in: Eichenhofer/Wenner, SGB V, § 6 Rn. 18; *Krauskopf-Baier*, in: Wagner/Knittel, SGB V, § 6 Rn. 68.

Krankenversicherten nicht betrifft. Dadurch werden die Auswirkungen auf das Geschäft der PKV minimiert. Infolgedessen soll die Erhöhung der Jahresarbeitsentgeltgrenzen für solche Versicherten aus Gründen des Bestands- und Vertrauensschutzes nicht gelten.⁷¹⁷ Ziel der Anhebung war, die Position der GKV im Wettbewerb mit der PKV zu verbessern und der defizitären Entwicklung der Ausgaben der GKV entgegen zu wirken. Im Jahr 2001 ließ sich zum Beispiel ein Wanderungssaldo von ca. 210.000 Personen zugunsten der PKV feststellen. Dies betrifft tendenziell alleinstehende Arbeitnehmer ohne Vorerkrankungen, weil sie sich in der PKV günstiger versichern können. Für die GKV werden sich aber tendenziell die Personen entscheiden, die infolge Vorerkrankungen oder der mitversicherten Familienangehörigen in der PKV finanziell mehr belastet würden. Die Anhebung der Versicherungspflichtgrenze soll hier gegensteuern. Damit wird die Solidargemeinschaft vergrößert. Nach der damaligen Einschätzung sollten die Risikoselektion zu Lasten der GKV deutlich reduziert und die Leistungsfähigkeit der Solidargemeinschaft gesichert werden. Erwartet wurde eine Entlastung der GKV im Jahr 2003 von ca. 0,2 bis 0,3 Milliarden Euro.⁷¹⁸

Gegen diese Neuregelung wurde im Jahr 2004 Verfassungsbeschwerde erhoben, die vom Bundesverfassungsgericht aber nicht zur Entscheidung angenommen wurde. Die PKV sei durch die Aufhebung und durch die daraus folgende Reduzierung des möglichen Kundenkreises nur faktisch mittelbar betroffen. Der Gesetzgeber habe ferner die Gestaltungsfreiheit, den Personenkreis so zu bilden, wie es die Leistungsfähigkeit der Solidargemeinschaft verlange. Die Sicherung der finanziellen Stabilität und damit der Funktionsfähigkeit der GKV sei zudem ein „überragend wichtiger Gemeinwohlbelang“. Obwohl die Kammer keinen Eingriff in die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) sieht, prüft es die Verfassungsmäßigkeit der Einschränkung des Kundenkreises weiter.⁷¹⁹

Die Beschwerdeführerin argumentierte, dass die Anhebung der Versicherungspflichtgrenze eine objektive Berufszulassungsregelung verschärft habe, die es bereits infolge des partiellen staatlichen Versicherungsmonopols durch die Pflichtversicherung gebe. Dagegen wird eingewandt, dass zwischen gesetzlicher und privater

⁷¹⁷ Vgl. BT-Drucks. 15/28, S. 12 und S. 14 f. (Deutscher Bundestag, Drucksache 15/28, 15. Wahlperiode, 05. 11. 2002, Gesetzentwurf der Fraktionen SPD und Bündnis 90/die Grünen, Entwurf eines Gesetzes zur Sicherung der Beitragssätze in der gesetzlichen Krankenversicherung und in der gesetzlichen Rentenversicherung (Beitragssatzsicherungsgesetz – BSSichG), abrufbar unter: <<http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/15/000/1500028.pdf>>, Zugriff am 07. 12. 2016).

⁷¹⁸ Ebd., S. 14.

⁷¹⁹ BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 04. Februar 2004. - 1 BvR 1103/03, Rn. (1-41), abrufbar unter: <http://www.bverfg.de/e/rk20040204_1bvr110303.html>, Zugriff am 10. 12. 2016 (fortan als BVerfG, - 1 BvR 1103/03 zitiert), Rn. 13, 17 ff.

Krankenversicherung kein Konkurrenzverhältnis bestehe. Es handle sich um verschiedene Systeme, die sehr unterschiedlich Krankheitskosten abdecken. Es bestehe keine grundsätzliche Veränderung des dualen Krankenversicherungssystems. Nur ein kleiner Teil der abhängigen Beschäftigten sei betroffen. Die Beamten und Selbständigen würden nicht betroffen. Auch der Geschäftsbereich der Zusatzversicherung werde nicht berührt. Doch selbst wenn man einen Eingriff in die Berufsfreiheit annähme, würde die Regelung nur eine Einschränkung der Berufsausübungsfreiheit implizieren. Die Anhebung der Versicherungspflichtgrenze sei eine von mehreren Maßnahmen zur Sicherung der finanziellen Stabilität und damit der Funktionsfähigkeit der GKV, die das Bundesverfassungsgericht bereits in früherer Rechtsprechung⁷²⁰ als besonders wichtiges Gemeinschaftsgut anerkannt habe.⁷²¹

Danach prüft das Gericht die Verhältnismäßigkeit der Regelung. Die Regelung sei zur Erreichung des gesetzgeberischen Ziels geeignet. Ein Wechseln in die PKV sei insbesondere für jüngere alleinstehende Personen attraktiv, die über der Versicherungspflichtgrenze verdienen und keine Vorerkrankungen haben, weil die PKV für sie finanziell nicht belastend sei. Das seien aber gerade solche Personen, die für den sozialen Ausgleich in der GKV wesentlich wären. Genau an dieser Stelle wirke die Regelung.⁷²² Bezüglich der Erforderlichkeit sieht das Gericht kein gleich wirkendes, aber für die Beschwerdeführerin weniger belastendes Mittel. Der Gesetzgeber verfolge ein komplexes Ziel mit mehreren Mitteln. Ein Maßnahme sei nicht schon deswegen als nicht erforderlich anzusehen, weil andere Maßnahmen innerhalb des Komplexes zwar andere Personen belasteten, die damit einhergehende Belastung aber im Vergleich zur Belastung der PKV-Unternehmen durch die Anhebung der Versicherungspflichtgrenze weniger belastend seien. Die Durchsetzung des Gemeinwohlbelangs der Funktionsfähigkeit der GKV zugunsten schutzbedürftiger Versicherter sei tendenziell nur mit einer kleinen Einschränkung der Berufsausübungsfreiheit verbunden. Insgesamt werde die Beschwerdeführerin nicht erheblich betroffen. Bestehende Versicherungsverhältnisse würden nicht angetastet. Das Gleiche gelte für das Geschäft bezüglich der Beamten und Selbständigen. Die Beschwerdeführerin gehe davon aus, berechnet nach Beiträgen, dass nur 11 % des Neugeschäftes betroffen seien. Im Vergleich zum Jahr 1994 hätten sich die Übertritte zur PKV im Jahr 2001 zudem fast verdoppelt.⁷²³

⁷²⁰ Der Beschluss weist in der Rn. 24 auf „BVerfGE 70, 1 <29, 30>; 82, 209 <230>“ hin.

⁷²¹ BVerfG, - 1 BvR 1103/03, Rn. 19 ff.

⁷²² Vgl. ebd., Rn. 26 ff.

⁷²³ Ebd., Rn. 31 ff.

Bezüglich der Angemessenheit ist die Argumentation des Gerichts ausführlich, mit vielen weiteren Ansatzpunkten und konkreten Daten, bezüglich der Erforderlichkeit hingegen etwas knapp. Deutlich wird aber, dass der Verhältnismäßigkeitsprüfung ein Prüfungsschema zugrunde liegt. Es geht nicht nur darum, dass die Begriffe Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit ausdrücklich zitiert werden, sondern dass spürbar ist, dass das Gericht ein Prüfungsschema als Bezugspunkt hat. Aus der Zusammenfassung der Argumente der Beschwerdeführerin (Rn. 4 bis 6 des Beschlusses) sowie aus Erwähnungen in der Begründung (wie etwa Rn. 31) wird offensichtlich, dass die Beschwerdeführerin sich ebenso konkret an das gleiche Prüfungsschema hält und anhand dessen argumentiert. Im Abschnitt „F.II.3“ wird sich zeigen, dass dies in Brasilien nicht der Fall ist.

Durch das GKV-WSG hat, wie bereits erwähnt, eine weitere Ausdehnung der Versicherungspflicht stattgefunden. Dieses Gesetz hat ab 2007 zusätzlich zur Jahresarbeitsentgeltgrenze noch eine Dreijahresfrist eingeführt. Abhängig Beschäftigte waren nur nach dreimalig aufeinanderfolgendem Überschreiten der Jahresarbeitsentgeltgrenze versicherungsfrei. Mit der Erschwerung des Wechsels in die PKV wurde die Stärkung der Solidarität in der GKV bezweckt. Zur Begründung wurde argumentiert, dass Personen, die nichts oder nur wenig zur Solidargemeinschaft beigetragen haben, sonst bereits mit einem einmaligen Überschreiten der Jahresarbeitsentgeltgrenze schon am Ende des Kalenderjahres die Solidargemeinschaft verlassen könnten.⁷²⁴ BAIER erwähnt, dass dieses Ziel durch eine deutliche Anhebung der Jahresarbeitsentgeltgrenze erreicht werden könnte, wodurch aber die PKV belastet würde. Die politische Mehrheit habe das aber nicht erlaubt.⁷²⁵ Mit der GKV-FinG wurde die dreijährige Wartefrist wieder gestrichen. Seit 31. Dezember 2010 können die Versicherten wieder nach einmaligem Überschreiten der Jahresarbeitsentgeltgrenze in die PKV wechseln. Begründung dafür ist, dass damit der Wettbewerb zwischen gesetzlicher und privater Krankenversicherung gestärkt werde.⁷²⁶ Die Dreijahresfrist hat also zwischen 2007 und 2010 bestanden; aktuell gilt wieder das einmalige Überschreiten der Jahresarbeitsentgeltgrenze.

⁷²⁴ BT-Drucks. 16/3100. S. 95 (Deutscher Bundestag, Drucksache 16/3100, 16. Wahlperiode, 24. 10. 2006, Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD, Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung, abrufbar unter: <<http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/16/031/1603100.pdf>>, Zugriff am 25. 11. 2016).

⁷²⁵ *Krauskopf-Baier*, in: Wagner/Knittel, SGB V, § 6 Rn. 5.

⁷²⁶ BT-Drucks. 17/3040, S. 21 (Deutscher Bundestag, Drucksache 17/3040, 17. Wahlperiode, Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und FDP, Entwurf eines Gesetzes zur nachhaltigen und sozial ausgewogenen Finanzierung der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Finanzierungsgesetz – GKV-FinG), abrufbar unter: <<http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/030/1703040.pdf>>, Zugriff am 07. 12. 2016).

3. Einführung der Wahltarife für die GKV

Die Wahltarife sind in § 53 SGB V reguliert. Aus diesen Wahlтарifen kann es sich gegebenenfalls ergeben, dass die Versicherten Geld zurück gezahlt bekommen. Dies wird als „Prämienzahlung an die Versicherten“ bezeichnet. Die Prämienzahlung an das Mitglied wirke aber faktisch als Beitragsermäßigung.⁷²⁷ § 53 Abs. 8 S. 1 SGB V sieht allgemeine Höchstgrenzen für die Prämienzahlung an Versicherte vor. Dies gilt, soweit die einzelnen Absätze für die entsprechenden Wahltarife keine besonderen Anforderungen vorsehen, die diese Grenzen noch weiter verschärfen. Ein Beispiel dafür ist § 53 Abs. 2 S. 2 SGB V, wo die Höchstgrenze noch niedriger ist. § 53 Abs. 9 SGB V trifft Regelungen bezüglich der Wirtschaftlichkeit der Wahltarife sowie der Rechenschaft an die Aufsichtsbehörde. Im Endeffekt müssen die Wahltarife sich selbst finanzieren können. Sie müssen aus Einnahmen, Einsparungen und Effizienzsteigerungen aus den eigenen Tarifen finanziert werden.

Der Gesetzgeber eröffnet für die gesetzlichen Krankenkassen durch § 53 SGB V die Möglichkeit, bestimmte Wahltarife anzubieten. Beispiele dafür sind Abs. 1 (Selbstbehalt), Abs. 2 (Prämienzahlung aufgrund Nichtinanspruchnahme von Leistungen), Abs. 4 (Kostenerstattung), Abs. 5 (Übernahme der Kosten für Arzneimittel der besonderen Therapierichtungen), Abs. 7 (Prämienzahlung bei Leistungsumfangbeschränkung gemäß SGB V⁷²⁸). Durch das Wort „kann“ erkennt man, dass die Einführung der entsprechenden Wahltarife im Ermessen der Krankenkassen liegt. Bei diesen Fällen handelt es sich wiederum um Angebote an die Versicherten, die von diesen angenommen werden können.

Zusätzlich sieht § 53 SGB V Mussvorschriften vor. Hinsichtlich der Teilnahme an besonderen Versorgungsformen⁷²⁹ müssen die Krankenkassen nach § 53 Abs. 3 SGB V Tarife anbieten. Eine Prämienzahlung oder eine Zuzahlungsermäßigung an den Versicherten liegt aber im Ermessen der Krankenkassen.⁷³⁰ Verpflichtet sind die Krankenkassen auch, Krankengeld-Wahltarife nach § 53 Abs. 6 SGB V anzubieten.

Hintergrund für den Krankengeld-Wahltarif sei, dass durch das GKV-WSG für hauptberuflich selbständig Erwerbstätige und versicherungspflichtig Beschäftigte, die nicht für

⁷²⁷ Musil, in: Eichenhofer/Wenner, SGB V, § 53 Rn. 17.

⁷²⁸ Dies ist eine sehr spezielle Regelung, die für bestimmte Angestellte der Krankenkassen und ihrer Verbände nach § 14 SGB V gilt. Ich werde das Thema in diesem Punkt nicht vertiefen.

⁷²⁹ Besondere Versorgungsformen sind die hausarztzentrierte Versorgung, Tarife mit Bindung an bestimmte Leistungserbringer, strukturierte Behandlungsprogramme für chronisch Kranke und die integrierte Versorgung (BT-Drucks. 16/3100, S. 108); Musil, in: Eichenhofer/Wenner, SGB V, § 53 Rn. 26.

⁷³⁰ Dieser Meinung ist Henle, in: Hänlein/Schuler, SGB V, § 53 Rn. 32. Dagegen Musil, in: Eichenhofer/Wenner, SGB V, § 53 Rn. 26. Musil sieht diesen finanziellen Anreiz als ein Muss, da er erforderlich sei, um die Einschränkung der freien Arztwahl zu kompensieren.

mindestens sechs Wochen Anspruch auf Fortzahlung des Arbeitsentgelts haben, der Krankengeldanspruch ausgeschlossen worden sei.⁷³¹ Es sei dann entsprechend die Möglichkeit dieses Wahltarifes eröffnet worden. Diese Regelung sei wieder geändert worden, sodass nach der neuen Fassung des § 44 Abs. 2 und 3 SGB V die betreffenden Mitglieder gegenüber ihrer Krankenkasse durch eine Wahlerklärung den Anspruch auf Krankengeld gewähren können. Der Wahltarif nach Abs. 6 sei aber beibehalten worden.⁷³² Dieser Wahltarif sei für freiwillig versicherte Selbständige gedacht gewesen, zudem noch für kurzzeitig Beschäftigte ohne Anspruch auf Entgeltfortzahlung sowie selbständige Künstler und Publizisten, die nach dem Künstlersozialversicherungsgesetz versichert sind.⁷³³ Die Krankenkasse muss aber entsprechend der Leistungserweiterung eine Prämienzahlung durch das Mitglied gestalten, deren Höhe unabhängig von Alter, Geschlecht oder Krankheitsrisiko des Mitglieds festgelegt wird.⁷³⁴

Zu den Wahlтарifen im Einzelnen: Die Krankenkassen können in ihrer Satzung die Möglichkeit eröffnen, dass Mitglieder einen Teil der Kosten während des Kalenderjahres selbst übernehmen (Selbstbehalt). In diesem Fall muss die Krankenkasse dem Mitglied eine Prämienzahlung anbieten.⁷³⁵ Die Krankenkassen könnten diese Möglichkeit nur eröffnen. Die Entscheidung zur Teilnahme komme dem Mitglied zu. Wenn es sich dafür entscheidet teilzunehmen, besteht eine Bindung für drei Jahre.⁷³⁶ Mit dem GKV-WSG sei dieser Tarif auch für Pflichtversicherte geöffnet und harmoniere nicht nur mit der Kostenerstattung nach § 13 SGB V, wie es bereits vorher der Fall war, sondern auch mit dem Sachleistungssystem.⁷³⁷ Nach MUSIL ist die Durchführung des Selbstbehaltes im Sachleistungssystem davon abhängig, dass es für jeden Versicherten ein Versichertenkonto dafür gibt.⁷³⁸ Die Einführung des Selbstbehaltes sei nicht unproblematisch, da es sich um ein Instrument der PKV handle und er die Solidarität tendenziell entkräfte.⁷³⁹

Um den Wahlтарif Selbstbehalt besser erläutern zu können, fasse ich im Folgenden einen Fall zusammen, den das Bundessozialgericht am 8. November 2011 entschieden hat. Die betreffende Krankenkasse hat für die Mitglieder und ihre familienversicherten Angehörigen die Möglichkeit des Selbstbehaltes eingeräumt. Drei Kategorien wurden

⁷³¹ Vgl. § 44 Abs. 2 SGB V in der Fassung des Art. 2 Nr. 6a GKV-WSG.

⁷³² *Krauskopf*, in: Wagner/Knittel, SGB V § 53 Rn. 20 f.

⁷³³ Vgl. BT-Drucks. 16/3100, S. 109 (siehe: „zu Absatz 5“).

⁷³⁴ § 53 Abs. 6 S. 3 und 4 SGB V.

⁷³⁵ § 53 Abs. 1 SGB V.

⁷³⁶ § 53 Abs. 8 S. 1 SGB V.

⁷³⁷ *Krauskopf*, in: Wagner/Knittel, SGB V § 53 Rn. 6 f.; BT-Drucks. 16/3100, S. 108.

⁷³⁸ *Musil*, in: Eichenhofer/Wenner, SGB V, § 53 Rn. 21.

⁷³⁹ Ebd., Rn. 18.

vorgesehen: Für die freiwilligen Mitglieder, die den Mindestbeitrag bezahlen, wurde ein Selbstbehalt von 200 Euro pro Jahr eingeführt; für die Mitglieder, die Beiträge oberhalb des Mindestbeitrags und unterhalb der Beitragsbemessungsgrenze bezahlen, ein Selbstbehalt von 400 Euro pro Jahr und für Mitglieder, die über der Beitragsbemessungsgrenze verdienen, ein Selbstbehalt von 600 Euro pro Jahr. Die Beträge wurden dann entsprechend an die Mitglieder als Prämie erstattet.⁷⁴⁰ KRAUSKOPF weist aber darauf hin, dass die Krankenkassen üblicherweise die Zuzahlungen höher als die Prämien festsetzten, was zu einer Mehrbelastung des Mitglieds führe.⁷⁴¹

Nach Ansicht des Bundessozialgerichts ist der Wahltarif Selbstbehalt mit anderen Konstellationen nicht zu verwechseln, in denen eine Prämienzahlung an Versicherten eingeräumt werden könne, wie im § 53 Abs. 2 SGB V (weil die Versicherten Leistungen nicht in Anspruch nehmen). Für das Mitglied ist der Wahltarif aber nur interessant, worauf auch das Gericht hinweist, wenn er keinen oder höchstens eine geringere Inanspruchnahme von Leistungen erwartet, weil sich nur dann die Prämienzahlung erhöht bzw. überhaupt stattfindet. Solange der Selbstbehalt genauso viel wie die Prämienzahlung an die Mitglieder beträgt, ist es für die Krankenkasse gleichgültig, ob sie die entsprechenden Beträge aufgrund der Inanspruchnahme von Leistungen verausgabt oder sie an die Mitglieder infolge der Nichtinanspruchnahme von Leistungen zurückzahlt. Beides sind für die Krankenkasse Ausgaben. Für die Beratung der Mitglieder ist außerdem ein Verwaltungsaufwand zu erwarten. Eine positive finanzielle Wirkung für die Krankenkasse könnte infolgedessen nur im Bereich der Einsparungen erfolgen, das heißt wenn durch den Selbstbehalt das Verhalten des Mitglieds sich ändert, bzw. eine Schärfung des Kostenbewusstseins des Versicherten verursacht wird und dadurch weniger Leistungen in Anspruch genommen werden. Da sowohl für Mitglieder als auch für die Krankenkassen nur im Fall einer geminderten Inanspruchnahme von Leistungen ein Vorteil möglich ist, dürfte der Selbstbehalt so gestaltet wohl grundsätzlich ähnlich wie die Prämienzahlung an die Mitglieder aufgrund der Nichtinanspruchnahme von Leistungen⁷⁴² wirken.⁷⁴³ Das Bundessozialgericht akzeptiert eine

⁷⁴⁰ BSG 08. 11. 2011 – B1 A 1/11 R Rn. 1f.

⁷⁴¹ *Krauskopf*, in: Wagner/Knittel, SGB V § 53 Rn. 9.

⁷⁴² § 53 Abs. 2 SGB V.

⁷⁴³ *Krauskopf*, in: Wagner/Knittel, SGB V § 53 Rn. 14a; gibt das Beispiel einer Landes-AOK, die einen „Aktiv-Bonus-Tarif“ nach Abs. 2 geschaffen hat. Ein pauschaler Selbstbehalt ist Bestandteil des Tarifes. Das spricht im Prinzip für die Ähnlichkeit.

solche Gestaltung nur, wenn der Gesamtleistungsaufwand der Krankenkasse in diesem Wahltarif nicht größer wird als ohne den Wahltarif.⁷⁴⁴

Das Gericht entnimmt § 53 Abs. 1 SGB V zudem, dass er einen Selbstbehalt nur für die Mitglieder gestatte. Der Anspruch der mitversicherten Familienangehörigen bleibe dadurch unberührt. Das Gericht weist hier auch auf die Selbständigkeit der Familienversicherung nach § 10 SGB V hin.⁷⁴⁵

Da die Satzung den Selbstbehalt von 200 Euro nur für freiwillig Versicherte geöffnet hat und nicht für Pflichtversicherte, die sich in einer vergleichbaren wirtschaftlichen Lage befinden, hat das Gericht eine Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG gesehen. Die beiden Gruppen würden unterschiedlich behandelt, obwohl zwischen beiden keinen Unterschied von solcher Art und von solchem Gewicht bestünde, dass er die ungleiche Behandlung rechtfertigt. Die Differenzierung habe also keinen hinreichenden sachlichen Grund. Es sei aber nicht verboten, Personengruppen zu bilden und die Wahlrechte an Mindestbeitragshöhen zu orientieren.⁷⁴⁶

§ 53 Abs. 8 S. 4 SGB V setzt Grenzen für die Prämienzahlung an Versicherte: für einen Tarif bis zu 20 %, aber nicht mehr als 600 Euro; für mehrere Tarife 30 % der vom Mitglied im Kalenderjahr getragenen Beiträge, jedoch nicht mehr als 900 Euro.⁷⁴⁷ In einem Artikel der streitgegenständlichen Satzung wurde eine Prämie von 400 Euro für Mitglieder vorgesehen, die oberhalb des Mindestbeitrags und unterhalb der Beitragsbemessungsgrenzen beitrugen. Im gleichen Artikel der Satzung wurden aber die Begrenzungen des § 53 Abs. 8 S. 4 SGB V aufgenommen. Das führe zur Unklarheit der Regelung und verletze das rechtsstaatliche Gebot der Normenklarheit. Zudem führe die Beschränkung der Prämienzahlung an die Versicherten auf die Werte des § 53 Abs. 8 S. 4 SGB V dazu, dass

⁷⁴⁴ BSG, Urteil vom 08. 11. 2011, B 1 A 1/11 R, abrufbar unter: <<http://juris.bundessozialgericht.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bsg&Art=en&sid=54acd227d294e5d630190495fbcef2e3&nr=12286&pos=0&anz=5>>, Zugriff am 28. 11. 2016 (fortan als BSG, Urteil vom 08. 11. 2011, B 1 A 1/11 R zitiert), Rn. 12 und 21 ff.

⁷⁴⁵ Ebd., Rn. 14.

⁷⁴⁶ Ebd., Rn. 15 f. Aus der Rn. 15: „Der allgemeine Gleichheitssatz gebietet, alle Menschen vor dem Gesetz gleich zu behandeln. Damit ist dem Gesetzgeber allerdings nicht jede Differenzierung verwehrt. Er verletzt das Grundrecht nur, wenn er eine Gruppe von Normadressaten anders als eine andere behandelt, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und von solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen (BVerfGE 112, 50, 67 = SozR 4-3800 § 1 Nr 7 RdNr 55 mwN; BVerfGE 117, 316 = SozR 4-2500 § 27a Nr 11; stRspr BSGE 99, 95 = SozR 4-2500 § 44 Nr 13, RdNr 26 mwN). Differenzierungen ohne hinreichenden sachlichen Grund sind verboten (vgl BVerfGE 92, 53, 71 = SozR 3-2200 § 385 Nr 6 S 21 = DStR 2000, 1353 mit Anm Schlegel; BVerfG 102, 127 = SozR 3-2400 § 23a Nr 1; BSGE 96, 246 = SozR 4-2500 § 47 Nr 4, RdNr 29).“

⁷⁴⁷ Bestimmte Beitragszuschüsse sind von der Bemessungsgrundlage ausgenommen; siehe dazu § 53 Abs. 8 S. 4 SGB V.

Mitglieder mit niedrigeren Einkommen eine volle Prämienzahlung in Höhe von 400 Euro nicht erhalten könnten,⁷⁴⁸ was wieder den allgemeinen Gleichheitssatz verletze.⁷⁴⁹

Aus dem Urteil des BSG ergibt sich also, dass das Mitglied nur bezüglich seiner eigenen Versicherungsansprüche einen Selbstbehalt vereinbaren kann. Ferner darf ein Selbstbehalt für freiwillig Versicherte vergleichbare Pflichtversicherte nicht ausschließen. Schließlich darf die Prämie an das Mitglied in Höhe des Selbstbehalts vorgesehen werden, wenn eine dauerhafte Binnenfinanzierung prognostiziert werden kann.

Eine weitere Möglichkeit stellt der Wahltarif Prämienzahlung aufgrund Nichtinanspruchnahme von Leistungen dar. Die Krankenkassen können die Möglichkeit eröffnen, bis zu einem Zwölftel der innerhalb eines Jahres gezahlten Beiträge an die Mitglieder zurückzuzahlen, wenn sie länger als drei Monate versichert waren und sie sowie die mitversicherten Familienangehörigen in diesem Kalenderjahr Leistungen nicht in Anspruch genommen haben. Nicht mitgerechnet sind Leistungen für Versicherte, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet haben sowie Leistungen zur Früherkennung von Krankheiten, außerdem in der Regel Leistungen der Prävention sowie Leistungen bei Schwangerschaft und Mutterschaft.⁷⁵⁰ Anders als HENLE vertritt, dürften sich nach dem Wortlaut des § 53 Abs. 2 S. 3 SGB V die Leistungen nach § 23 Abs. 2 (ambulante Vorsorgeleistungen), § 24 (medizinische Vorsorge für Mütter und Väter), § 24a (Empfängnisverhütung) und 24b (Schwangerschaftsabbruch und Sterilisation) prämienschädlich auswirken.⁷⁵¹

Wenn der Stammversicherte sich für den Wahltarif Prämienzahlung aufgrund Nichtinanspruchnahme von Leistungen entscheidet, ist er an ihn für ein Jahr gebunden.⁷⁵² Eine Teilprämienzahlung bei teilweiser Inanspruchnahme ist bei diesem Tarif nach Ansicht des BSG nicht zulässig. Das Gericht unterscheidet die Tatbestände jedes Wahltarifes möglichst genau; es weist unter anderem darauf hin, dass es sich hier um keine

⁷⁴⁸ Für ein konkretes Beispiel und entsprechende Berechnung vgl. BSG, Urteil vom 08. 11. 2011, B 1 A 1/11 R, Rn. 17

⁷⁴⁹ Ebd., Rn. 17 f.

⁷⁵⁰ § 53 Abs. 2 SGB V.

⁷⁵¹ Vgl. Henle, in: Hänlein/Schuler, SGB V, § 53 Rn. 28. SGB V: „§ 53 Wahltarife [...] (2) Die Krankenkasse kann in ihrer Satzung für Mitglieder, die im Kalenderjahr länger als drei Monate versichert waren, eine Prämienzahlung vorsehen, wenn sie und ihre nach § 10 mitversicherten Angehörigen in diesem Kalenderjahr Leistungen zu Lasten der Krankenkasse nicht in Anspruch genommen haben. Die Prämienzahlung darf ein Zwölftel der jeweils im Kalenderjahr gezahlten Beiträge nicht überschreiten und wird innerhalb eines Jahres nach Ablauf des Kalenderjahres an das Mitglied gezahlt. Die im dritten und vierten Abschnitt genannten Leistungen **mit Ausnahme der Leistungen nach § 23 Abs. 2 und den §§ 24 bis 24b** sowie Leistungen für Versicherte, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, bleiben unberücksichtigt.“ Hervorhebung in Satz 3 durch mich.

⁷⁵² § 53 Abs. 8 S. 1 SGB V.

Prämienzahlung aufgrund Selbstbehaltes nach § 53 Abs. 1 SGB V handle. Nur wenn das ganze Jahr keine der entsprechenden Leistungen in Anspruch genommen wurde, dürfe die Prämienzahlung erfolgen (Alles oder Nichts-Prinzip).⁷⁵³

Diese Möglichkeit bestand schon vor dem GKV-WSG, sie wurde aber durch diese Reform auch für Pflichtversicherte geöffnet.⁷⁵⁴ Die Beschränkung auf freiwillige Mitglieder sei nicht zulässig, da es sich um kein sachliches Differenzierungskriterium handle.⁷⁵⁵ Dieser Wahltarif stelle ein weiteres Instrument der PKV dar, das in die GKV eingeführt werde. In der PKV könne der Versicherte aber nach Ablauf des Jahres, gegebenenfalls in Besitz aller Rechnungen aus medizinischen Behandlungen, wählen, ob er für sie eine Kostenerstattung verlange oder die Kosten selbst trage und die Prämie in Anspruch nehme. Dies harmonisiere in der GKV nur mit der Kostenerstattung nach § 13 SGB V; mit dem Sachleistungsprinzip hingegen nicht. Bei der Teilnahme in diesem Wahltarif entscheide sich das Mitglied infolgedessen (im Sachleistungssystem), für ein Jahr nur die in § 53 Abs. 2 S. 3 SGB V erwähnten Leistungen zur Früherkennung, Prävention, Schwangerschaft und Mutterschaft und Leistungen für Mitversicherte, die noch nicht 18 Jahre alt sind, in Anspruch zu nehmen. Fraglich sei zudem noch, ob der Stammversicherte über die Ansprüche der mitversicherten Familienangehörigen verfügen könne, da diese Ansprüche selbständig seien.⁷⁵⁶

Die Krankenkassen können ferner die Deckung der Kosten für Arzneimittel der besonderen Therapierichtungen⁷⁵⁷ regeln, die als nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel von der Versorgung ausgeschlossen sind. Sie können dafür entsprechende Prämienzahlungen durch die Versicherten bestimmen.⁷⁵⁸ Die Mindestbindungsfrist in diesem Tarif beträgt ein Jahr.⁷⁵⁹

§ 53 Abs. 4 S. 1 SGB V eröffnet die Möglichkeit, dass Mitglieder für sich und ihre mitversicherten Familienangehörigen Tarife für Kostenerstattung wählen, wenn die Krankenkasse diese Möglichkeit in ihrer Satzung gestaltet. Die Höhe der Kostenerstattung kann nach Satz 2 durch die Krankenkassen variabel bestimmt werden und dafür können sie

⁷⁵³ BSG, Urteil vom 22. 06. 2010, B 1 A 1/09 R, abrufbar unter: <<http://juris.bundessozialgericht.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bsg&Art=en&Datum=2010-6&nr=11641&pos=9&anz=35>>, Zugriff am 01. 12. 2016, Rn. 13 ff.

⁷⁵⁴ BT-Drucks. 16/3100, S. 108.

⁷⁵⁵ *Krauskopf*, in: *Wagner/Knittel*, SGB V § 53 Rn. 13.

⁷⁵⁶ Ebd., Rn. 14. Die Bindungsfrist betrug drei Jahre. Ich habe die aktuelle Bindungsfrist von einem Jahr berücksichtigt. § 53 Abs. 2 S. 3 SGB V. Für die alte Fassung des § 53 SGB V siehe BT-Drucks. 16/3100, S. 12.

⁷⁵⁷ Beispiele für Arzneimittel der besonderen Therapierichtungen sind homöopathische, physiotherapeutische und anthroposophische Arzneimittel. (Diese Beispiele habe ich § 34 Abs. 3 S. 2 SGB V entnommen).

⁷⁵⁸ § 53 Abs. 5 SGB V.

⁷⁵⁹ § 53 Abs. 8 S. 1 SGB V.

entsprechende Prämienzahlungen vorsehen. Die Mindestbindungsfrist für diesen Tarif beträgt ein Jahr.⁷⁶⁰ Auch nach § 13 Abs. 2 SGB V können die Versicherten die Kostenerstattung wählen. Der Unterschied liege darin, dass § 53 Abs. 4 S. 1 SGB V die Kostenerstattung nach § 13 Abs. 2 erweitere.⁷⁶¹ Die Kostenerstattung könne damit als Wahltarif durch Satzungsbestimmung eingeführt werden. Diese bestehe neben der gesetzlichen Möglichkeit nach § 13 Abs. 2 SGB V, welche von Versicherten einseitig verlangt werden könne.⁷⁶² Die Kostenerstattung nach § 13 Abs. 2 S. 8 SGB V ist auf die Höhe der Sachleistung beschränkt. Nach § 53 Abs. 4 SGB V könne hingegen eine höhere Vergütung vorgesehen werden, z. B. eine, die derjenigen der PKV entspreche.⁷⁶³ Der Unterschied liege darin, dass für die Kostenerstattung nach § 13 Abs. 2 SGB V die Grundlage der solidarischen Finanzierung verbleibe. Die eventuellen Mehrkosten der Kostenerstattung im Wahltarif müssten aber durch entsprechende Prämienzahlungen des Versicherten finanziert werden.⁷⁶⁴ Die Funktion dieses Wahltarifes sei, die Position der GKV im Wettbewerb mit der PKV zu stärken.⁷⁶⁵

Nach KRAUSKOPF sei die Beschränkung auf zugelassene Leistungserbringer (vgl. § 13 Abs. 2 S. 5 und 7 SGB V) nicht unbedingt erforderlich. Die Krankenkasse müsse aber eine gleichwertige Versorgung sicherstellen (vgl. § 13 Abs. 2 S. 6 letzter Teil SGB V).⁷⁶⁶ Nach HENLE müssten die Leistungen von zugelassenen Leistungserbringern erbracht werden, es sei denn, dass die Krankenkasse der Inanspruchnahme der Leistungen von nicht zugelassenen Leistungserbringern vorher zugestimmt habe (vgl. § 13 Abs. 2 S. 5 und 7).⁷⁶⁷ Nach KRAUSKOPF seien Abschläge für Verwaltungskosten nach § 13 Abs. 2 S. 10 SGB V möglich, aber nicht notwendig.⁷⁶⁸ Nach HENLE seien die Leistungen erstattet worden, die grundsätzlich im Leistungskatalog der GKV enthalten sind, da Kostenerstattung nach § 13 Abs. 2 S. 1 nur anstelle von Sach- oder Dienstleistung gewählt werden könne und da, wie oben schon beschrieben, im Prinzip nur zugelassene Leistungserbringer akzeptiert worden seien.⁷⁶⁹ Die Wahltarife *Chefarztbehandlung* und *Ein-/Zweibettzimmer* seien nach MUSIL nicht zulässig, da das Solidarprinzip die Leistungen auf das Notwendige beschränke. Die Einführung dieser Tarife würde einen wesentlichen Aspekt der PKV in der GKV einführen und damit ihre

⁷⁶⁰ § 53 Abs. 8 S. 1 SGB V.

⁷⁶¹ Henle, in: Hänlein/Schuler, SGB V, § 53 Rn. 41 ff.; Musil, in: Eichenhofer/Wenner, SGB V, § 53 Rn. 28.

⁷⁶² Krauskopf, in: Wagner/Knittel, SGB V § 53 Rn. 16; Musil, in: Eichenhofer/Wenner, SGB V, § 53 Rn. 28.

⁷⁶³ Musil, in: Eichenhofer/Wenner, SGB V, § 53 Rn. 28.

⁷⁶⁴ Krauskopf, in: Wagner/Knittel, SGB V, § 53 Rn. 16; Henle, in: Hänlein/Schuler, SGB V, § 53 Rn. 42; Auch die Begründung des Gesetzentwurfes in BT-Drucks. 16/3100, S. 108 f.

⁷⁶⁵ BT-Drucks. 16/3100, S. 109.

⁷⁶⁶ Krauskopf, in: Wagner/Knittel, SGB V § 53 Rn. 17.

⁷⁶⁷ Henle, in: Hänlein/Schuler, SGB V, § 53 Rn. 44.

⁷⁶⁸ Krauskopf, in: Wagner/Knittel, SGB V § 53 Rn. 17.

⁷⁶⁹ Henle, in: Hänlein/Schuler, SGB V, § 53 Rn. 44.

Legitimationsgrundlagen schwächen. § 53 Abs. 4 SGB V erlaube eine höhere Vergütung, die Erstattung nicht notwendiger Leistungen sei aber versagt.⁷⁷⁰

4. Versicherungspflicht für alle Einwohner Deutschlands (GKV und PKV)

Alle Einwohner Deutschlands müssen eine PKV abschließen, wenn sie nicht in der GKV versichert sind oder keinen anderen Versicherungsschutz haben.⁷⁷¹ Die Krankheitskostenversicherung muss mindestens die Kostenerstattung für ambulante und stationäre Heilbehandlung umfassen. Die dafür entsprechenden Selbstbehalte sind auf 5.000 Euro pro Jahr für jede versicherte Person beschränkt. Die Beihilfeberechtigten müssen gegebenenfalls ihren Versicherungsschutz ergänzen, damit die obige Selbstbehaltsgrenze eingehalten wird.⁷⁷² Wird kein Krankenversicherungsvertrag abgeschlossen, ist nach § 193 Abs. 4 VVG ein Prämienzuschlag zu entrichten, welcher im Laufe der Zeit zunimmt.

Erfüllt ein Krankenversicherungsvertrag die Versicherungspflicht, ist die Kündigung durch den Versicherer ausgeschlossen.⁷⁷³ Eine Kündigung ist durch den Versicherungsnehmer hingegen möglich, wenn er nachweist, dass die versicherte Person⁷⁷⁴ bei einem neuen Versicherer ohne Unterbrechung versichert ist und der neue Krankenversicherungsvertrag ebenso die Versicherungspflicht erfüllt.⁷⁷⁵ § 205 Abs. 1 bis 5 VVG regeln weitere Situationen, in denen der Versicherungsnehmer kündigen kann.

Für die übrigen Fälle gelten allerdings Einschränkungen. Die ordentliche Kündigung durch den Versicherer ist ausgeschlossen, wenn eine Krankheitskosten- oder Krankentagegeldversicherung ganz oder teilweise den Versicherungsschutz der GKV ersetzen kann. Die ordentliche Kündigung ist außerdem ausgeschlossen, wenn neben einer Krankheitskostenversicherung eine Krankenhaustagegeldversicherung besteht.⁷⁷⁶ Im Fall einer Krankentagegeldversicherung, für welche das Gesetz keinen Beitragszuschuss des

⁷⁷⁰ Musil, in: Eichenhofer/Wenner, SGB V, § 53 Rn. 29

⁷⁷¹ Siehe dazu die Liste der Ausnahmen zur Versicherungspflicht in der PKV § 193, Abs. 3 S. 2 Nr. 1 bis 4 VVG. Diese Regelung korrespondiert in der GKV mit § 5 Abs. 1 Nr. 13 SGB V. Nach § 5 Abs. 1 Nr. 13 SGB V sind in der GKV versicherungspflichtig die Personen, die keinen anderweitigen Anspruch auf Absicherung im Krankheitsfall haben und zugleich (a) zuletzt gesetzlich krankenversichert waren oder (b) bisher nicht gesetzlich oder privat versichert waren. Diese Regelung schafft einen Auffangtatbestand. Andere Versicherungspflichttatbestände haben Vorrang gegenüber Abs. 1 Nr. 13. § 5 Abs. 1 Nr. 13 lit. a und lit. b SGB V verteilen die Zuständigkeit zwischen der GKV und der PKV im Falle der Personen, die keine Absicherung im Krankheitsfall haben. Nebendahl, in: Spickhoff, SGB V, § 5 Rn. 59 ff.

⁷⁷² § 193 Abs. 3 S. 1 VVG.

⁷⁷³ § 206 Abs. 1 S. 1 VVG.

⁷⁷⁴ Das kann auch Dritte umfassen, zu deren Gunsten die Versicherung abgeschlossen wurde.

⁷⁷⁵ § 205 Abs. 6 S. 1 und 2 VVG.

⁷⁷⁶ § 206 Abs. 1 S. 2 und 3 VVG.

Arbeitgebers bestimmt, wird ein ordentliches Kündigungsrecht für den Versicherer eingeräumt, jedoch nur in den ersten drei Jahren mit einer Frist von drei Monaten zum Ende eines jeden Versicherungsjahres.⁷⁷⁷ Das gleiche gilt, wenn eine Krankenhaustagegeldversicherung oder eine Krankheitskostenteilversicherung die obigen Merkmale nicht aufweisen.⁷⁷⁸

5. Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2009

Am 10. 06. 2009 hat das Bundesverfassungsgericht über die Verfassungsmäßigkeit mehrerer dieser Vorschriften entschieden, die das Verhältnis zwischen PKV und GKV betreffen. Gegenstand mehrerer Verfassungsbeschwerden waren im Wesentlichen einerseits die Einführung des Basistarifes und die Übertragbarkeit der Alterungsrückstellungen in der PKV, andererseits die Ausdehnung der Versicherungspflicht und die Einführung der Wahltarife für die Krankenkassen.⁷⁷⁹

Der erste Senat des Bundesverfassungsgerichtes hat anerkannt, dass durch den Kontrahierungszwang im Basistarif in die Berufsfreiheit der Versicherungsunternehmen eingegriffen wird (Art. 12 Abs. 1 GG). Das Bundesverfassungsgericht beurteile Einschränkungen der Berufsfreiheit grundsätzlich auf der Grundlage der Verhältnismäßigkeit, wobei es unterschied, auf welcher Stufe der Berufsfreiheit die Regelung ansetze. Für Berufsausübungsbeschränkungen reiche jede „vernünftige Erwägung des Gemeinwohls“. Eingriffszweck und Eingriffsintensität müssten aber in einem angemessenen Verhältnis stehen. Objektive oder subjektive Berufswahlbeschränkungen seien nur zum Schutz „überragender Gemeinwohlüter“ gerechtfertigt. Durch die entsprechende Regelung entstehe zwar eine Beeinträchtigung der beruflichen Betätigung der Krankenversicherungsunternehmen. Die Einschränkung sei aber nicht so schwer, dass sie als Beschränkung der Berufswahlfreiheit zu verstehen sein könnte.⁷⁸⁰

Mit dem GKV-WSG solle allen Bürger Deutschlands ein bezahlbarer Krankenversicherungsschutz in der GKV oder in der PKV gewährleistet werden. Dies sei ein

⁷⁷⁷ § 206 Abs. 1 S. 4 VVG.

⁷⁷⁸ § 206 Abs. 2 VVG.

⁷⁷⁹ Vgl. BVerfG, 1 BvR 706/08, Rn. 13. Siehe auch Art. 1 Nr. 3 a und e, Nr. 33, Nr. 153 a und b, Nr. 213; Art. 44 Nr. 5 a bis d, Nr. 7; Art. 45 Nr. 1, Nr. 2 b, Nr. 3 bis 7 GKV-WSG vom 26. März 2007, Bundesgesetzblatt 2007, Teil I, Nr. 11, Bonn: 30. März 2007, S. 378 (BGBl. I S. 378); Art. 11 Abs. 1 und Abs. 2 VVG-ReformG vom 23. November 2007, Bundesgesetzblatt 2007, Teil I, Nr. 59, Bonn: 29. November 2007, S. 2631 (BGBl. I S. 2631).

⁷⁸⁰ BVerfG, 1 BvR 706/08, Rn. 161 ff. m. w. N.

„beachtliches Gemeinwohlinteresse“ und rechtfertige den Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit.⁷⁸¹

Das Bundesverfassungsgericht weist auf die Verbindung zwischen der Versicherungspflicht nach § 193 Abs. 3 VVG und dem Kontrahierungszwang im Basistarif nach § 193 Abs. 5 VVG hin. Diese Regelung sei zur Erreichung des gesetzgeberischen Ziels geeignet, dem der PKV zugewiesenen Personenkreis einen ausreichenden und bezahlbaren Krankenversicherungsschutz zu gewährleisten. Diese zwei Aspekte sind nach Ansicht des Gerichtes aufgrund der Verknüpfung mit den Pflichtleistungen und dem Höchstbeitrag der GKV gewährleistet, zumal sich die Prämie im Fall von Hilfebedürftigkeit reduziert.⁷⁸²

Ein milderer Mittel als der gesetzlich angeordnete Kontrahierungszwang zu Lasten der Versicherungsunternehmen sei nicht erkennbar. Ohne den Kontrahierungszwang hätten insbesondere Personen mit gravierenden Vorerkrankungen keine Möglichkeit, in eine PKV aufgenommen zu werden, weil diese sie wegen des erhöhten Risikos nicht aufnehmen würden. Zur Erreichung des gesetzgeberischen Ziels seien sowohl Versicherungspflicht als auch Kontrahierungszwang erforderlich. Das Ziel, der gesamten Bevölkerung einen bezahlbaren Versicherungsschutz bereitzustellen, besitze einen hohen Stellenwert. Der Kontrahierungszwang überschreite auch nicht das Maß des Zumutbaren.⁷⁸³

Ohne die teilweise Portabilität der Alterungsrückstellungen war ein Versichererwechsel mit zunehmendem Alter für den Versicherungsnehmer Nachteilen verbunden. Eine Kündigung hatte den kompletten Verlust der Alterungsrückstellungen zur Folge und bezüglich eines neuen Versicherungsvertrages musste der Versicherungsnehmer mit erhöhten Prämien rechnen. Der Wettbewerb zwischen den Unternehmen war infolgedessen auf den Zugang neuer junger und solcher Versicherter beschränkt, die seit kurzer Zeit versichert waren. Mit der Übertragbarkeit sucht der Gesetzgeber den Unternehmenswechsel und den Wettbewerb zu verbessern. Dies ist nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts ein legitimes Gemeinwohlinteresse. Die Regelung sei zugleich geeignet, ihre Ziele zu erreichen. Zwar würden die Wechselmöglichkeiten eines Versicherten mit erhöhtem Krankheitsrisiko auch durch die Übertragbarkeit eines Teils der Alterungsrückstellung nicht erheblich verbessert, weil er in einem Normaltarif keinen

⁷⁸¹ Ebd., Rn. 171.

⁷⁸² Ebd., Rn. 172.

⁷⁸³ Ebd., Rn. 173 ff.

aufnahmebereiten Versicherer finden werde. Dies ändere jedoch nichts daran, dass die Portabilität grundsätzlich die Wechselmöglichkeiten fördert.⁷⁸⁴

Ein anderes Mittel, das die Beschwerdeführer – private Krankenversicherungen – weniger belasten würde, sei nicht zu erkennen. Die Beschwerdeführer argumentierten, dass die Wettbewerbsverbesserung ebenso erreicht werden könnte, wenn die Unternehmen verpflichtet würden, neben den Tarifen ohne Übertragbarkeit der Alterungsrückstellungen, auch solche mit Portabilität anzubieten. Dieses Argument ist nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts nicht zutreffend, weil damit nur ein Teil der Versicherten begünstigt werde und weil die Gefahr bestehe, dass die Unternehmen die Tarife mit der Übertragbarkeit der Alterungsrückstellungen unattraktiv gestalten, da sie kein Interesse an solchen Tarife haben.⁷⁸⁵

Eines der Argumente der Unternehmen war, dass die teilweise Portabilität den Weggang von Versicherten mit guten Risiken und das Verbleiben nur der Versicherten mit schlechten Risiken verursachen würde. Der Basistarif könnte sich unter diesen Bedingungen nicht finanzieren, was letztlich auch die Versicherten im Normaltarif belasten würde. Die Unternehmen argumentierten, dass wegen dieser Gefahr ein unzumutbarer Eingriff vorliege. Dass die Erfüllbarkeit der Krankenversicherungsverträge auf die Anwesenheit von Versicherungsnehmern mit guten Risiken in ausreichendem Maße angewiesen sei, wird vom Gericht anerkannt. Die eingeräumte teilweise Übertragbarkeit setze aber voraus, dass ein großer Anteil der im Normaltarif gebildeten Alterungsrückstellung nicht mitgenommen werde. Zudem bräuchten die Unternehmen sich ohne die teilweise Übertragbarkeit um ihre Kunden gar nicht mehr zu kümmern und eine Kündigung sei für sie sogar vorteilhaft. Das Gericht hat die Regelung infolgedessen als angemessen angesehen.⁷⁸⁶

Bezüglich der teilweisen Portabilität für die Altverträge wurde eine Verletzung des Rückwirkungsverbots geltend gemacht. Bei der Prüfung unterscheidet das Bundesverfassungsgericht zwischen echter und unechter Rückwirkung. Erstere werde vom Rechtsstaatsprinzip grundsätzlich untersagt; zweitere sei grundsätzlich zulässig. Dafür müsse sich die unechte Rückwirkung allerdings von den Anforderungen des betroffenen Grundrechts rechtfertigen lassen. Greift der Gesetzgeber nachträglich in einen abgeschlossenen Sachverhalt ein und ändert dabei die Rechtsfolgen, liege eine echte Rückwirkung vor. Greift er hingegen auf gegenwärtige, noch nicht abgeschlossene Sachverhalte und

⁷⁸⁴ Ebd., Rn. 201 ff.

⁷⁸⁵ Ebd., Rn. 205.

⁷⁸⁶ Ebd., Rn. 206 ff. m. w. N.

Rechtsbeziehungen zu und ändert dabei die Rechtsfolgen für die Zukunft, liege eine unechte Rückwirkung vor.⁷⁸⁷

Folgend subsumiert das Bundesverfassungsgericht die teilweise Portabilität der Altverträge unter den Begriff der „unechten Rückwirkung“. In der Argumentation des Gerichtes ist wesentlich, dass die Übertragbarkeit der Alterungsrückstellungen für die im ersten Halbjahr 2009 noch laufenden Verträge eingeräumt wurde. Hauptargument ist vor diesem Hintergrund, dass die Regelung zwar Bezug auf ein Verhältnis nehme, das in der Vergangenheit entstanden ist, die Rechtsfolgen aber für die Zukunft bestimmt würden. Es liege also kein Verstoß gegen das rechtsstaatliche Rückwirkungsverbot vor.⁷⁸⁸

Danach wird die vorgebrachte Verletzung des Eigentumsgrundrechts (Art. 14 Abs. 1 GG) geprüft, wobei das Gericht keinen Eingriff sieht. Zudem wird geprüft, ob eine Verletzung der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) stattgefunden hat. Zwar wird ein Eingriff anerkannt, ähnlich aber wie bei der Verhältnismäßigkeit der Portabilität für die neuen Verträge wird der Eingriff als gerechtfertigt angesehen. Zum Ergebnis wurde entschieden, dass die Regelung verfassungsmäßig sei.⁷⁸⁹

Das Gericht sieht in der Dreijahresfrist einen Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) der betroffenen Versicherten und in die Berufsausübungsfreiheit der Unternehmen, dieser wird aber als verhältnismäßig erachtet.⁷⁹⁰ Zu erinnern ist hier daran, dass ein Beschluss der 2. Kammer im Jahr 2004 den Eingriff in die Berufsfreiheit durch eine Ausdehnung der Versicherungspflicht noch verneint hatte.⁷⁹¹ Für die Ausdehnung der Versicherungspflichtgrenze durch das GKV-WSG wurde die Rechtfertigung also als notwendig gesehen.⁷⁹²

Aus dieser zusammenfassenden Darstellung der Argumente wird insbesondere die Struktur der Begründung deutlich. Folgend werde ich weitere wesentliche Argumente und Aussagen betreffend die Gesetzeszwecke zusammenfassen.

Es wird anerkannt, dass der Basistarif Elemente des sozialen Ausgleiches enthält; diese finden ihren Ausdruck im Verbot von Risikozuschlägen und Leistungsausschlüssen, in der Begrenzung der Prämienhöhe, im gesetzlich vorgeschriebenen Leistungsumfang und im

⁷⁸⁷ Ebd., Rn. 211 f.

⁷⁸⁸ Ebd., Rn. Abs. 213.

⁷⁸⁹ Ebd., Rn. 214 ff.

⁷⁹⁰ Dazu BVerfG, 1 BvR 706/08, Rn. 225 ff. Die Begründung ist in dem Urteil knapper, wahrscheinlich da viele Argumente schon zuvor ausführlich dargestellt wurden.

⁷⁹¹ Wie oben dargestellt: BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 04. Februar 2004. - 1 BvR 1103/03, Rn. (1-41), abrufbar unter: <http://www.bverfg.de/e/rk20040204_1bvr110303.html>, Zugriff am 10. 12. 2016, Rn. 13, 17 ff.

⁷⁹² Dazu siehe Anmerkungen von *Butzer*, MedR 28 (2010), 283.

Risikoausgleich zwischen den Unternehmen. Der Basistarif dürfte hingegen keinen bedeutenden Geschäftsumfang erreichen. Schon im Vorgänger des Basistarifes, der Standardtarif, waren nur sehr wenige Personen versichert. Auch war der Kreis noch unversicherter Personen relativ klein und die Versicherungsbedingungen im Basistarif sind wenig attraktiv. Einerseits gilt eine Einschränkung auf das Leistungsniveau der GKV, andererseits wird der Höchstbeitrag der GKV verlangt. Der Basistarif ist infolgedessen wahrscheinlich nur für Versicherte mit hohen Krankheitsrisiken und für Versicherte, die im Normaltarif einer sehr starken finanziellen Belastung begegnen, attraktiv.⁷⁹³ Für finanzielle Krisensituationen ist außerdem die Beitragsbegrenzung bei Hilfebedürftigkeit gedacht. Zudem ist ein einheitlicher und an die GKV gekoppelter Leistungsumfang erforderlich, damit eine ausreichende Ausgestaltung des Tarifes gewährleistet wird.⁷⁹⁴

Als der erste Senat die Verhältnismäßigkeit des absoluten Kündigungsverbotes begründete, verwies er auf die Verbindung mit der Versicherungspflicht in der PKV und machte wesentliche Aussagen über die Intention des Gesetzgebers. Dieser wolle das duale Krankenversicherungssystem erhalten und stärken, bzw. beide Säulen dauerhaft voneinander abgrenzen. Dabei solle auch die private Säule zur Vollfunktionalität gelangen und ihre Mitglieder in gleicher Weise wie die GKV umfassend, rechtssicher und dauerhaft absichern. In der Begründung der Verhältnismäßigkeit der Notversorgung wird darauf hingewiesen, dass mit dem GKV-WSG bezweckt werde, eine private Absicherung ohne Inanspruchnahme der staatlichen Fürsorge auch in Krisensituationen zu ermöglichen. Zur Vollfunktionalität der privaten Säule sei die Krankenversorgung in Notfallsituationen sicherzustellen.⁷⁹⁵

Bezüglich der Erforderlichkeit des Kontrahierungszwangs wird argumentiert, dass die Versorgung auch durch direkte staatliche Finanzierung, d.h. über die Allgemeinheit, gestaltet werden könnte. Dagegen begründet der Senat, dass die Verfassung die sich daraus ergebende einseitige Zuordnung der Kostenlast zur GKV nicht erfordere. Wenn der Gesetzgeber eine Volksversicherung aus zwei Versicherungssäulen schaffe, könne er die Personengruppen diesen beiden in einer ausgewogenen Lastenverteilung zuordnen.⁷⁹⁶

Wo die Verfassungsbeschwerden als zulässig angesehen werden, wird vor dem obigen Hintergrund also entschieden, dass sie unbegründet sind. Es wird aber darauf hingewiesen, dass der Gesetzgeber eine Beobachtungspflicht in Bezug auf den Basistarif, die Portabilität

⁷⁹³ BVerfG, 1 BvR 706/08, Rn. 157, 159, 170, 178 und 223, 183.

⁷⁹⁴ Ebd., Rn. 184 f.

⁷⁹⁵ Ebd., Rn. 190, 194. Auf diese Aspekte bin ich durch die Anmerkungen von *Butzer* aufmerksam geworden. *Butzer*, MedR 28 (2010), 283.

⁷⁹⁶ Ebd., Rn. 175.

und die Dreijahresfrist habe. Denn durch die entsprechenden Regelungen könnten unzumutbare Folgen für die Versicherungsunternehmen und die Versicherten entstehen.⁷⁹⁷

Hier ist zunächst dasselbe hervorzuheben wie schon bei dem Beschluss aus dem Jahre 2004, und zwar die einfache Tatsache, dass der Verhältnismäßigkeitsprüfung ein Prüfungsschema zugrunde liegt. Wie dort geht es hier nicht nur darum, dass auf die Begriffe Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit eindeutig hingewiesen wird, sondern auch, dass spürbar ist, dass das Gericht ein Prüfungsschema als Bezugspunkt hat. Hier wird wie dort durch Erwähnungen in der Begründung offensichtlich, dass die Beschwerdeführer sich grundsätzlich auf das gleiche Prüfungsschema beziehen und anhand dessen argumentieren. Im Abschnitt „F.II.3“ wird sich zeigen, dass dies in Brasilien nicht der Fall ist.

In diesem Urteil des Jahres 2009 kann man ebenso beobachten, dass das Bundesverfassungsgericht ein ganz bestimmtes Prüfungsschema, bzw. zwei Prüfungsschemata benutzt, anhand derer argumentiert wird. So kommt das Gericht zum Ergebnis, dass der Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit der Unternehmen zum Beispiel der Kontrahierungszwang, verhältnismäßig sei. Dies ist das Prüfungsschema der Berufsfreiheit, das auch das Prüfungsschema der Verhältnismäßigkeit in sich aufnimmt. Bezüglich der Berufsfreiheit enthält das Prüfungsschema mehrere Stufen: Einschränkungen der Berufsausübungsfreiheit, die durch jede „vernünftige Erwägung des Gemeinwohls“ gerechtfertigt werden können, und Berufswahlbeschränkungen, die nur aufgrund „überragender Gemeinwohlüter“ zu rechtfertigen sind. Wird der Eingriff in diese letzte Kategorie eingeordnet, ist die Rechtfertigung also deutlich schwieriger. Erkennbar ist auch, dass eine Beschränkung der Berufsausübungsfreiheit als Berufswahlbeschränkung behandelt werden kann, wenn sie schwerwiegend ist. Wenn diese Stufe überschritten wird, folgt dann die Prüfung der Verhältnismäßigkeit mit den Voraussetzungen bzw. Prüfungsstufen der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit.

Ein weiteres Beispiel gibt es bei der Prüfung des Rückwirkungsverbots. Dafür sind zwei Begriffe durch die Jurisprudenz geschaffen, die echte und die unechte Rückwirkung. Im Fall einer unechten Rückwirkung ist eine Rechtfertigung im Schutzbereich des entsprechenden Grundrechts möglich. Davor ist aber zu prüfen, ob überhaupt ein Eingriff in dieses Grundrecht vorliegt. Nur wenn dies der Fall ist, prüft man nach Maßstab des Verhältnismäßigkeitsprinzips, ob eine Rechtfertigung vorliegt.

⁷⁹⁷ Ebd., Rn. 241.

6. Die duale Krankenversicherungsordnung und ihre Defizite

Neben der gesetzlichen Krankenversicherung gibt es in Deutschland die Möglichkeit der privaten Vollversicherung. Auf diese Weise wird das soziale Risiko Krankheit durch zwei eigenständige Säulen abgesichert. Dieses System weist aber Defizite auf, die betrachtet werden müssen. Der Wettbewerb der Krankenkassen und der PKV-Unternehmen beschränkt sich auf junge Menschen ohne erhebliche Vorerkrankung und mit hohem Einkommen. Die Behandlung von PKV-Versicherten wird besser vergütet, was tendenziell zu Lasten der Kassenpatienten geht. Die soziale Schutzbedürftigkeit ist kaum ein wirkliches Kriterium für die Abgrenzung der Personenkreise zwischen der GKV und der PKV, da die medizinischen Behandlungskosten sogar Personen mit hohem Einkommen schutzbedürftig machen können.⁷⁹⁸

KINGREEN schlägt die Schaffung einer Krankenversicherung für alle Einwohner als Lösung für diese Defizite vor. Diese sollte die Gleichbehandlung als Grundlage haben. Gestützt auf die Rechtsform des Versicherungsvereines auf Gegenseitigkeit (VVG) will er durch eine präzise Regulierung den Wettbewerb der privatrechtlich organisierten Anbieter sich dort entfalten lassen, wo das erwünscht ist, und die wirksame Krankenversicherung dort sichern, wo der Wettbewerb nicht entsteht oder den sozialen Anliegen entgegenwirkt. Nicht erwünscht sei ein Wettbewerb um gesunde Menschen, sondern um die Qualität und Wirtschaftlichkeit der Behandlung Erkrankter. Nicht erwünscht sei außerdem ein Wettbewerb über unterschiedliche Leistungskataloge. Es solle vielmehr einen einheitlichen Leistungskatalog geben. Die Schaffung einer Zusatzversorgung durch Unternehmen, die die Grundversorgung ergänzt, solle auch vermieden werden, da sie eher zur Ausgrenzung führe. Für diese Reform sieht er eine lange Übergangsphase vor, bei welcher die Systemlogik der PKV, das verfassungsrechtlich geschützte Vertrauen ihrer Bestandversicherten und Unternehmen berücksichtigt werden solle. Infolgedessen will er einen Wechsel der PKV-Versicherten zur Einwohnerversicherung durch einen Risikoausgleich zwischen beiden Systemen ermöglichen, ohne dass es einen Zang hierzu geben soll. Eine weitere Aufgabe sei es, die Vergütungen von GKV und PKV angemessen anzugleichen.⁷⁹⁹

STEINER vertritt, dass der Bund keine Kompetenz für die Umwandlung des dualen in ein monistisches System habe, da das Grundgesetz zwei unterschiedliche Kompetenzen des Bundes vorsehe, Art. 74 Abs 1 Nr. 11 GG bezüglich des privaten Versicherungswesens und

⁷⁹⁸ Kingreen, Referat, 69. Juristentag, S. 63 f.

⁷⁹⁹ Ebd., S. 63 ff.

Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG bezüglich der Sozialversicherung. Nach seiner Ansicht liege die Zukunft der Krankenversicherung Deutschlands in der Fortentwicklung sowohl des Wettbewerbs als auch der Kooperation innerhalb und zwischen diesen beiden Versicherungszweigen. Er sieht in den obengenannten Kompetenzen kein Hindernis für eine einheitliche Honorarordnung und erkennt an, dass § 5 Abs. 5 SGB V auch hauptberuflich selbständige Personen umfasst, die als nicht versicherungspflichtig eingestuft sind, obwohl eigentlich Schutzbedürftigkeit vorliegt. Er schlägt aber vor, eine bessere Definition dieses sehr heterogenen Personenkreises zu finden, die zugleich schutzbedürftige Individuen einschließe und die GKV vor Missbrauch schütze.⁸⁰⁰

Während des 69. Juristentages bezogen die Gutachter BECKER und SCHWEITZER⁸⁰¹ und der Referent BUCHNER⁸⁰² keine Stellung zum Verhältnis zwischen GKV und PKV. Gerade auf diesem Gebiet hat KINGREEN⁸⁰³ seinen Lösungsvorschlag zur Verbesserung des Wettbewerbs im Gesundheitswesen präsentiert. Das Thema einer einheitlichen Krankenversicherungsordnung war und ist aber Gegenstand heftiger Diskussionen in der Politik. Zumindest in der kommenden Legislaturperiode erscheint es unwahrscheinlich, dass diese Idee sich durchsetzt. Eine Verbesserung der Lage bezüglich der unterschiedlichen Vergütungen zwischen GKV und PKV dürfte dagegen realistisch sein.⁸⁰⁴

II. Das Gesetz 9656/1998 in Brasilien

1. Eine Zusammenfassung der wichtigsten Eigenschaften des Gesetzes 9656/1998

Dieses Unterkapitel fasst die wichtigsten Aspekte des Gesetzes 9656/1998 zusammen. Dafür werden Aspekte, die im Kapitel über die Ausprägungen der PKV in Brasilien behandelt wurden, ergänzend wieder in Betracht gezogen. Am Ende folgt eine kleine Ergänzung zur Funktion dieses Gesetzes. Das war die einzige klare und direkte Aussage zur Frage: „Was ist die Aufgabe dieses Gesetzes, was will man damit erreichen?“, die ich finden konnte. Die letzte kleine Ergänzung betrifft die Weise, in der sich das Gesetz durchgesetzt hat, und die

⁸⁰⁰ Steiner, Verfassungsfragen der dualen Krankenversicherung, S. 50 ff.

⁸⁰¹ Becker/Schweitzer, Gutachten, 69. Juristentag, S. 152.

⁸⁰² Buchner, Referat, 69. Juristentag, S. 119.

⁸⁰³ Kingreen, Referat, 69. Juristentag.

⁸⁰⁴ Siehe dazu: Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD. Berlin, 7. Februar 2018. Abrufbar unter: <https://www.cdu.de/system/tdf/media/dokumente/koalitionsvertrag_2018.pdf?file=1>. Zugriff am 15. 02. 2018. S. 96 ff.

sich daraus ergebenden möglichen Folgen in der Behandlung der Materie durch die Judikative.

Aus der Abhandlung des Kapitels über die Ausprägungen der PKV in Brasilien ergibt sich, dass die PKV gesetzlich in Leistungsbereiche eingeteilt wird, und zwar Verträge für nicht stationäre Behandlung, Verträge für stationäre Behandlung, Verträge für stationäre Behandlung mit Leistungen für Entbindungen und Verträge für zahnärztliche Leistungen. Für jeden dieser Bereiche bestimmt das Gesetz eine Mindestdeckung. Betreffend alle Leistungsbereiche wird die Möglichkeit einer Kündigung des Vertrages oder einer Unterbrechung des Versicherungsschutzes begrenzt, zudem wird die Erhöhung der Preise aufgrund des Alters eingeschränkt. Es wird verboten, einen Vertragsabschluss aufgrund des Alters oder einer Behinderung abzulehnen, und der Versicherer wird zur Deckung der Behandlung im Notfall verpflichtet. Zudem noch wurden die maximalen Karenzzeiten bestimmt. Es besteht ein Annahmewang in der brasilianischen PKV. In Fällen von Vorerkrankungen oder Vorverletzungen hat das Unternehmen entweder die „vorläufige partielle Deckung“ oder einen „Risikozuschlag“ anzubieten. Nur in den ersten 24 Monaten nach Abschluss des Vertrages kann das Versicherungsunternehmen die Erklärung des Versicherten bezüglich seines Gesundheitszustandes und etwaiger Vorerkrankungen bzw. Vorverletzungen bestreiten. Nur in Fällen einer vorsätzlichen Täuschung des Versicherten kann dies zur Unterbrechung des Versicherungsschutzes, besser gesagt zur Kündigung des Vertrages führen, wobei der Vorwurf in einem Verwaltungsverfahren vor der Aufsichtsbehörde bewiesen werden muss. Der Referenztarif stellt einen Vertrag für die Deckung von nicht stationären Behandlungen sowie stationären Behandlungen mit Leistungen für Entbindungen dar, wodurch die Mindestdeckung der einzelnen Leistungsbereiche entsprechend gilt. Dabei müssen alle in der internationalen Klassifikation der Krankheiten der Weltgesundheitsorganisation gelisteten Krankheiten abgedeckt werden. Der Tarif muss ab dem 3. Dezember 1999 von allen Versicherungsunternehmen für zukünftige Kunden angeboten werden. Als Alternative können auch Verträge für die schon erwähnten Leistungsbereiche sowie für zahnärztliche Leistungen, und ihre Kombinationen angeboten werden.

Das Gesetz 9656/1998 gilt für die neuen Verträge. Für die alten Verträge wurde aber eine Wechselmöglichkeit eingeräumt. Für die nicht angepassten Verträge gelten allerdings besondere Regelungen, die die Erhöhung der Prämien für Versicherte mit 60 Jahren oder mehr einschränken. Zudem wird die Kündigungsmöglichkeit des Vertrages begrenzt und die Materie der Vorerkrankungen bzw. Vorverletzungen der Regulierung der ANS unterworfen.

Die wichtigsten Neuerungen durch das Gesetz 9656/1998 seien: die Notwendigkeit einer Erlaubnis der Aufsichtsbehörde, damit die Unternehmen ihre Tätigkeit ausüben dürfen; die Registrierung der Verträge bei der ANS; die Einführung eines Mindestleistungskatalogs, der regelmäßig aktualisiert wird, und die Regulierung bezüglich der Vorerkrankungen bzw. die Einführung der „vorläufigen partiellen Deckung“.⁸⁰⁵

Wie schon beschrieben, stellt das Gesetz 9656/1998 die erste spezifische Regulierung der PKV in Brasilien dar. Die Aufsichtsbehörde für die PKV, die ANS⁸⁰⁶, wurde im Jahr 2000 errichtet. In Deutschland stellen das GKV-WSG und das Gesetz zur Reform des Versicherungsvertragsrechts (VVG-ReformG), beide aus dem Jahr 2007, nur einen neuen Schritt innerhalb einer Entwicklung dar, die seit mehreren Jahrhunderten stattfindet. Die brasilianische PKV entwickelt sich hingegen erst seit einigen Jahrzehnten. Das Gesetz 9656/1998 begegnet erstmals der Informalität und der großen Vielfalt der brasilianischen PKV. Als Ergänzung kann die folgende Feststellung von FIGUEIREDO wiedergegeben werden: Die neue Regulierung behandle eine Fülle von unterschiedlichen Institutionen als Unternehmen der brasilianischen PKV: Versicherungsschutz, den gemeinnützige Krankenhäuser anbieten; medizinische Unternehmen; eigenständige Verwaltung für Unternehmen und medizinische Genossenschaften. Dadurch sei eine breitere Basis für die Aufsicht geschaffen worden, mit dem Ziel, die Steuerhinterziehung und die Informationsasymmetrie zu reduzieren.⁸⁰⁷

Fragt man sich, ob das Gesetz seine Funktion erfüllt hat, sollte man betrachten, wie sie durchgesetzt wurde und welche Konsequenzen sich daraus ergeben haben. Als das Gesetz 9656/1998 vom brasilianischen Präsidenten ausgefertigt wurde, hat er sofort die erste Änderung vorgenommen. Er hat das vorläufige Gesetz⁸⁰⁸ 1.165/1998 mit wesentlichen Änderungen verabschiedet. Nach Art. 62 CF darf der Präsident „vorläufige Gesetze“ verabschieden, wenn dies notwendig und dringend geboten ist. Der nationale Kongress muss später darüber abstimmen. Bis die Verfassungsnovelle 32/2001 die Nutzung solcher Maßnahmen eingeschränkt hat, war die extrem hohe Anzahl von 44 vorläufigen Gesetzen verabschiedet worden, um einzelnen Aspekten und Schwierigkeiten zu begegnen. ESMERALDI und LOPES führen aus, diese Umstände hätten eine große Unsicherheit verursacht und dazu geführt, dass die Justiz, ihrerseits auf der unsicheren Grundlage von einer Vielzahl vorläufiger Gesetze, zur Entscheidung der Konflikte angerufen worden sei. Diese Phase sei ferner durch

⁸⁰⁵ *Esmeraldi/Lopes*, Planos de Saúde no Brasil, S. 26 f.

⁸⁰⁶ ANS auf Portugiesisch: Agência Nacional de Saúde Suplementar.

⁸⁰⁷ *Figueiredo*, Curso de Direito de Saúde Suplementar, S. 123.

⁸⁰⁸ Dazu siehe Fn. 327.

den Widerstand der PKV-Unternehmen gekennzeichnet gewesen, die an das Fehlen von Regulierung gewöhnt gewesen seien. Angesichts der instabilen Lage sei die Justiz als Mediationsinstanz tätig gewesen und in Notfällen zur Hilfe einzelner Personen gerufen worden. Diese Ausgangssituation erkläre noch immer Entscheidungen, die dem Gesetz 9656/1998 und dem Gleichgewicht der Krankenversicherungsverträge widersprächen.⁸⁰⁹ Dieses Thema wird im nächsten Unterkapitel näher behandelt.

⁸⁰⁹ *Esmeraldi/Lopes*, Planos de Saúde no Brasil, S. 27 ff.

2. Die Entscheidung des brasilianischen Obersten Bundesgerichtshofes im Jahr 2003

Gegen die neue Regelung wurde eine „direkte Verfassungswidrigkeitsklage“⁸¹⁰ erhoben. Diese wurde am 10.12.1998 vom brasilianischen Obersten Bundesgerichtshof angenommen⁸¹¹ und beinhaltet einen Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz, über den am 21.08.2003 entschieden wurde.⁸¹²

Nach Auffassung des Klägers – einem Verband des privaten Gesundheitssektors – ist Art. 5 LIV CF verletzt. Dieser bestimmt, dass niemand seine Freiheit oder sein Eigentum ohne „gehöriges Rechtsverfahren“ verlieren kann.⁸¹³ Der Kläger argumentiert, dass der „*substantive due process of law*“ („*reasonableness*“ und „*Verhältnismäßigkeit*“) den Missbrauch und die Missachtung der Verfassung durch die legislative Gewalt eindämme.⁸¹⁴ Dieses Thema wird im nächsten Unterkapitel noch einmal vertieft behandelt, mit dem Ziel exemplarisch die Form zu beschreiben, wie in Brasilien derartige Probleme behandelt werden. Doch zunächst zur Frage, was mit den obigen Begriffen konkret gemeint ist. Das erschließt sich im Wesentlichen aus den folgenden Argumenten.

Der Kläger trug vor, der Staat übertrage auf unzulässige Weise seine eigene Verantwortung gegenüber der Gesundheitsversorgung für das private System. Gegen die Erstattung für das *SUS* spreche, dass die Finanzierung der sozialen Sicherheit gemäß Art. 195

⁸¹⁰ Die wichtigste Aufgabe des brasilianischen Obersten Bundesgerichtshofes (STF) ist nach Art. 102 „Caput“ CF, die Verfassung zu bewahren. Nach Art. 102 I a CF ist der brasilianische Oberste Bundesgerichtshof zuständig zur Entscheidung der direkten Verfassungswidrigkeitsklage (ADI) gegen Gesetze oder normative Akte auf der Ebene des Bundes oder der Bundesländer. Nach Art. 102 I p CF ist ein Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz möglich. Für einen Überblick über die brasilianische Verfassungsgerichtsbarkeit in deutscher Sprache siehe STF, Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit in Brasilien: Betrachtungen zur Verfassung von 1988.

⁸¹¹ Information Abrufbar unter: „Acompanhamento Processual“ <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>>. Zugriff am 10. April 2014.

⁸¹² Brasilien, Supremo Tribunal Federal (STF), Plenum, Berichterstatter: Maurício Correa, Acórdão, Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.931-8 Distrito Federal (ADI MC 1931), D. J. 28. 05. 2004, abrufbar unter: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>, Zugriff am 08. 04. 2014 (fortan als STF, ADI MC 1931 zitiert), S. 268.

⁸¹³ Mit dem Begriff „gehöriges Rechtsverfahren“ soll auf den englischen Begriff „*due process of law*“ verwiesen werden. Dem entspricht im deutschen Recht ungefähr das „Rechtsstaatsprinzip“. Dieser englische Begriff wird aber auch in einer weiterreichender Form verwendet, nämlich als „*substantive due process of law*“, dem der deutsche Begriff „*Verhältnismäßigkeit*“ ähnelt. Ein Gesetz verletzt den „*substantive due process of law*“, wenn es willkürlich oder/und unvernünftig ist. Bezüglich der Übersetzung habe ich entschieden, diese beiden Begriffe in englischer Sprache zu belassen. Damit vermeide ich Verwechslungen mit den deutschen Begriffen und deren Kriterien bzw. Prüfungsstufen. Unsicher ist auch, ob es im amerikanischen Recht überhaupt innerhalb des „*substantive due process of law*“ den Begriff „*reasonableness*“ gibt und wie er angewandt wird. Mein Fokus im vorliegenden Text ist aber, über die Nutzung des Begriffes in Brasilien zu berichten. Für weitere Nachweise und Erklärungsversuche siehe Anhang B und das nächste Unterkapitel.

⁸¹⁴ STF, ADI MC 1931, S. 273.

CF eine Verantwortung der Gesamtgesellschaft und nicht der Betroffenen allein sei.⁸¹⁵ Die Erstattung für das SUS habe offensichtlich einen steuerlichen Charakter und könnte nur als neue Finanzierungsquelle für die Aufrechterhaltung bzw. die Erweiterung der sozialen Sicherheit nach Art 195 § 4 CF betrachtet werden. Damit sei Art. 154 I CF zu beachten und infolgedessen bedürfe es eines ergänzenden Gesetzes.⁸¹⁶ Obwohl der Bereich der gesundheitlichen Dienstleistungen für private Initiativen offen steht, dürften die Unternehmen keine günstigeren Konditionen mehr anbieten. Der Kläger argumentiert auch, dass der Versicherte freiwillig entscheiden könne, welche Krankheiten versichert werden sollten und welche nicht.⁸¹⁷

Verfassungswidrig seien also Art. 10 Gesetz 9656/1998, d.h. letztlich alle Verfügungen bezüglich des Referenztarifes, Art. 11, also die Regelung über die Vorerkrankungen und Vorverletzungen, Art. 12, welcher die Mindestdeckung für die einzelnen Leistungsbereiche regelt, die Einschränkung der Erhöhung der Prämien aufgrund des Alters und die Einführung der Erstattung für den öffentlichen Gesundheitsdienst.⁸¹⁸ Das Gericht hat den Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz abgelehnt, die Hauptsacheklage aber teilweise als zulässig angesehen. Eine Entscheidung über die Begründetheit der Klage steht noch aus.⁸¹⁹

Der Berichterstatter begründet mit Art. 197 CF, welcher bestimmt, dass die Gesundheitsversorgung öffentliche Relevanz hat, dass die öffentliche Gewalt zuständig sei, durch Gesetz über die Regulierung, Aufsicht und Kontrolle zu bestimmen, und zuletzt dass ihre Durchführung direkt oder durch Dritte erfolgen könne. Letzteres erfasse auch natürliche oder juristische Personen des privaten Rechts. Art. 196 CF verlange, dass sozialpolitische Maßnahmen abhängig von der Verfügbarkeit der öffentlichen Finanzen durchgeführt werden. Die Verteilung dieser Aufgabe auch auf die Private sei aber damit nicht ausgeschlossen. Wenn durch Gesetz bestimmt werde, wie diese Aufgabe zu erfüllen sei, widerspreche das

⁸¹⁵ STF, ADI MC 1931, S. 272 ff., S. 302 f., S. 310 f.

⁸¹⁶ STF, ADI MC 1931, S. 311. Art. 195 § 4 CF [...], § 4. Durch Gesetz können, unter Beachtung der Regelung in Art. 154 I, andere Finanzierungsquellen mit dem Ziel eingerichtet werden, die Tätigkeiten der [sozialen Sicherheit] aufrechtzuerhalten oder zu erweitern.“ Übersetzung wurde aus: <<http://www.verfassungen.net/br/verf88-i.htm>> entnommen, Zugriff am 14. 11. 2016. Ich habe den Begriff „Sozialfürsorge“ durch den Begriff „soziale Sicherheit“ ersetzt. Der Begriff „Fürsorge“ enthält eine klare Bezugnahme auf „Sozialhilfe“. Die Sozialhilfe ist nur eine der Säulen der sozialen Sicherheit. Im Übrigen ist die Fürsorge nur eines der Prinzipien, die das brasilianische System prägen. Zu finden sind noch die Versorgung und die (Sozial)Versicherung, wobei das Versorgungsprinzip ein großes Gewicht hat. Die Übersetzung der brasilianischen Verfassung auf dieser Internetseite ist infolge neuer Verfassungsnovellen weitgehend nicht mehr aktuell.

⁸¹⁷ STF, ADI MC 1931, S. 302 f.

⁸¹⁸ Ebd., S. 296 ff.

⁸¹⁹ Ebd., S. 327.

nicht der Regelung des Art. 196 CF, nach der die Gesundheit ein Recht aller Personen und eine Pflicht des Staates ist. Damit werde der Spielraum der privatwirtschaftlichen Betätigung nicht beeinträchtigt.⁸²⁰ Die Motivation für die neue Regulierung sei, dass Unternehmen der PKV, die ihre Tätigkeit nicht mehr ausüben dürften, die Öffnung des Art. 135 der Gesetzesverordnung⁸²¹ 73/66⁸²² ausgenutzt hätten, um im Markt zu verbleiben. Nach Art. 135 Gesetzesverordnung 73/66 können Institutionen, die keinen Ertrag erzielen und durch Fachleute der medizinischen Berufe oder Krankenhäuser betrieben werden, private Gesundheitsdienste anbieten, die durch Vorauszahlung der Versicherten finanziert werden. Die Unternehmen hätten diese Möglichkeit genutzt, um weiter Versicherungsschutz ohne Kontrolle zu verkaufen.⁸²³

Das Gericht hat die Klage hinsichtlich der geltend gemachten formellen Verfassungswidrigkeit als unzulässig abgewiesen.⁸²⁴ Die Regelungen für die Autorisierung, für die Tätigkeit und für die Aufsicht der Unternehmen sollten nach Ansicht des Klägers durch „ergänzendes Gesetz“ und nicht durch „ordentliches Gesetz“ bestimmt werden. Wegen der Rechtsnatur der Unternehmen als private Krankenversicherungen und der in Art. 192, II CF a.F. enthaltenen Regel benötige man ein „ergänzendes Gesetz“. Hier ist eine Erklärung notwendig. Die alte Fassung des Art. 192 „Caput“ CF bestimmte, dass das brasilianische Finanzsystem durch „ergänzendes Gesetz“ reguliert werden müsste, das unter anderem Vorgaben für (Art. 192 II CF) die Autorisierung und Tätigkeit der Versicherungs- und Rückversicherungsunternehmen sowie für die Aufsichtsbehörde machen müsste. Die Verfassungsnovelle Nr. 40 vom 29. Mai 2003 hat aber Art. 192 CF geändert und, neben anderen Veränderungen, den Absatz „II“ gestrichen.⁸²⁵ Die brasilianische PKV wurde durch besonderes Gesetz erstmals durch das Gesetz 9.656/1998 reguliert. Bis zu dieser Zeit wurde das Feld durch Art. 129 bis 135 der Gesetzesverordnung 73/66 reguliert.⁸²⁶

Die Entscheidung wird grundsätzlich damit begründet, dass die ursprünglichen Fassungen des Gesetzes 9.656/1998 sowie des entsprechenden „vorläufigen Gesetzes“, das es geändert hat, unter anderem über Organe des brasilianischen Systems der privaten Versicherungen verfügt habe, sodass ein „ergänzendes Gesetz“ notwendig wäre. Ab dem

⁸²⁰ Ebd., S. 321.

⁸²¹ Aus dem Portugiesisch „decreto-lei“, gemeint ist hier eine Verordnung mit Gesetzesrang.

⁸²² Gesetzesverordnung Nr. 73 vom 21 November 1966.

⁸²³ STF, ADI MC 1931, S. 322; Art. 135 Decreto-Lei 73/66 (Brasilien, Decreto-Lei Nr. 73 de 21 Novembro de 1966, abrufbar unter: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0073compilado.htm>, Zugriff am 27. 10. 2016.

⁸²⁴ STF, ADI MC 1931, S. 405.

⁸²⁵ Siehe Art. 192 CF, neue Fassung im Vergleich zur alten Fassung.

⁸²⁶ STF, ADI MC 1931, S. 294 ff.; auch Decreto-Lei 73/66.

„vorläufigen Gesetz“ 1908-18/99 sei aber die Rechtsnatur der betroffenen Unternehmen komplett geändert worden, sodass sie, so begründet der Berichterstatter, nicht mehr unter die Definition einer Versicherung fielen. Die neuen Regelungen hätten die Zuständigkeit für die Autorisierung, die Tätigkeit und die Aufsicht der Unternehmen damals auf das Gesundheitsministerium, insbesondere den „Rat des privaten Gesundheitsektors“⁸²⁷ übertragen. Das neue System stehe im Einklang mit Art. 197 CF, welcher bestimmt, dass die Maßnahmen und Gesundheitsdienste öffentliche Relevanz haben, dass die öffentliche Gewalt zuständig ist durch Gesetz über die Regulierung, Aufsicht und Kontrolle zu bestimmen, und zuletzt, dass ihre Durchführung direkt oder durch Dritte erfolgen kann, auch durch natürliche oder juristische Person des Privatrechts. Infolgedessen sei kein „ergänzendes Gesetz“, sondern nur ein „ordentliches Gesetz“ notwendig.⁸²⁸ Das Argument ist also, dass eine Aussonderung aus der Regulierung der privaten Versicherungen stattgefunden habe und dadurch eine neue juristische Grundlage für die betroffenen Unternehmen geschaffen worden sei.⁸²⁹

Ebenso als unzulässig abgewiesen wurden die Beschwerden betreffend die Verletzung der „wohlerworbenen Rechte“ und „des Schutzes bestehender Verträge“⁸³⁰ durch die Anpassungsmöglichkeit⁸³¹ der alten Verträge, welche das Gesetz eingeräumt hat. Begründet wurde das damit, dass die angefochtene Regelung drastisch modifiziert worden sei und keine Ergänzung der Klageschrift stattgefunden habe.⁸³²

Die Veränderung der alten Verträge wurde hingegen, mit Ausnahme der Anpassungsmöglichkeit, außer Kraft gesetzt. Hier hat das Gericht vorläufigen Rechtsschutz gewährt, da eine solche Veränderung Art. 5 XXVI CF verletzt, also, „wohlerworbenen

⁸²⁷ Auf Portugiesisch „Conselho de Saúde Suplementar“.

⁸²⁸ STF, ADI MC 1931, S. 294 ff.

⁸²⁹ Ebd., S. 281.

⁸³⁰ Diese Begriffe können als Pendant zum Rückwirkungsverbot des deutschen Rechtes verstanden werden.

⁸³¹ Also gegen Art. 35 und § 1 Gesetz 9656/1998 und § 2, der durch das „vorläufige Gesetz“ 1.730-7 vom 07. Dezember 1998 eingefügt und durch das „vorläufige Gesetz“ 1908-17 vom 27. August 1999 geändert wurde. Hier muss wieder erwähnt werden, dass das Gesetz durch eine Vielzahl „vorläufiger Gesetze“ geändert wurde. Zudem ist festzuhalten, dass die ursprüngliche Fassung des Art. 35 § 1 eine Änderung aller Verträge innerhalb von 15 Monaten vorgeschrieben hat, was danach gestrichen wurde. Gegenwärtig muss der Versicherte die Anpassung verlangen. Der aktuelle Art. 35 § 2 wurde später eingefügt und erlaubt eine Steigerung der Prämien entsprechend der Ausweitung des Versicherungsschutzes. Vgl. aktuelle Fassung vom Art. 35 § 1., § 2. und § 3. Brasilien, Gesetz Nr. 9656 vom 03. Juni 1998, abrufbar unter:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656compilado.htm#art36>, Zugriff am 10. 06. 2016; vgl. alte Fassung von diesem Art. 35 § 1, § 2 und § 3. Nach dem vorläufigen Gesetz Nr. 1908-17 vom 27. August 1999, abrufbar unter: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Antigas/1908-17.htm>, Zugriff am 26. 10. 2016; vgl. die noch ältere Fassung vom Art. 35 § 1 und § 2 nach dem vorläufigen Gesetz Nr. 1.730-7 vom 07. Dezember 1998, abrufbar unter: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Antigas/1730-7.htm>, Zugriff am 26. 10. 2016.

⁸³² STF, ADI MC 1931, S. 405 i. V. m. S. 330.

Rechte“ und „den Schutz bestehender Verträge“.⁸³³ Zusammengefasst sind – bis zur endgültigen Entscheidung – für die alten Verträge also außer Kraft gesetzt: die Notwendigkeit einer Erlaubnis für eine Erhöhung der Prämien; die Regulierung der Materie der Vorerkrankung oder Vorverletzung; das Verbot der Aussetzung oder Kündigung des Vertrags außer in Fällen von Täuschung oder Zahlungsverzug; das Verbot der Unterbrechung des Krankenhausaufenthalts ohne Entscheidung des behandelnden Arztes und das Erfordernis der Staffelung für die Erhöhung der Prämien wegen eines Wechsels von Altersgruppen ab 60 Jahren.⁸³⁴ Aus den gleichen Gründen wurde vorläufiger Rechtsschutz gewährt, damit der Referenztarif für die Bestandskunden zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Gesetzes nicht angeboten werden muss.⁸³⁵

3. Verhältnismäßigkeitsprüfung ohne Prüfungsschema

Nun müssen wir zurück zur Argumentation des Klägers kommen, die im vorherigen Unterkapitel präsentiert wurde. Nach seiner Auffassung sei Art. 5 LIV CF verletzt, welcher bestimmt, dass niemand seine Freiheit oder sein Eigentum ohne „gehöriges Rechtsverfahren“ verlieren kann. Er argumentiert, dass das „*substantive due process of law*“ („*reasonableness*“ und „*Verhältnismäßigkeit*“) Missbrauch der legislativen Gewalt oder Missachtung der Verfassung einschränke.⁸³⁶ Im vorherigen Unterkapitel habe ich außerdem festgestellt, dass die „*Verhältnismäßigkeit*“ und „*substantive due process of law*“ praktisch als Synonyme gebraucht werden.

Für die konkrete Bedeutung dieser Begriffe habe ich auf die Argumente des Klägers hingewiesen. Er argumentiert z.B., dass der Staat auf unzulässige Weise seine eigene Verantwortung für die Gesundheitsversorgung auf das private System übertrage. Gegen die Erstattung für das SUS spreche, dass die Finanzierung der sozialen Sicherheit gemäß Art. 195 CF eine Verantwortung der Gesamtgesellschaft und nicht der Betroffenen allein sei.⁸³⁷ Die Erstattung für das SUS habe offensichtlich einen steuerlichen Charakter und könnte nur als neue Finanzierungsquelle für die Aufrechterhaltung bzw. für die Erweiterung der sozialen Sicherheit nach Art 195 § 4. CF betrachtet werden. Damit müsse Art. 154 I CF beachtet

⁸³³ Ebd., S 405.

⁸³⁴ Ebd., Seite 332-335.

⁸³⁵ Ebd., S. 405 i. V. m. S. 331.

⁸³⁶ Ebd., S. 273.

⁸³⁷ Ebd., S. 272 ff. S. 302 f. S. 310 f.

werden und infolgedessen sei ein ergänzendes Gesetz notwendig.⁸³⁸ Obwohl der Bereich der gesundheitlichen Dienstleistungen für privatwirtschaftliche Betätigung offen steht, dürften die Unternehmen keine günstigeren Bedingungen mehr anbieten. Der Kläger legt auch nahe, dass der Versicherte frei entscheiden können sollte, welche Krankheiten versichert werden sollten und welche nicht.⁸³⁹

Ich habe aber trotzdem die Notwendigkeit gesehen, die gleichzeitige Anwendung der Begriffe „*substantive due process of law*“ und „*Verhältnismäßigkeit*“ weiter zu erklären, mit dem Ziel exemplarisch die Form zu beschreiben, wie in Brasilien derartige Probleme behandelt werden.

Dazu werde ich die obigen Argumente des Klägers neu organisieren, ergänzen und erklären. Danach werde ich über weitere Aussagen betreffend die Begriffe „*substantive due process of law*“ und „*Verhältnismäßigkeit*“ aus der Klageschrift berichten. Schließlich folgt dann eine Bewertung.

Ausgangspunkt hierzu die Bestimmung in Art.5. LIV der brasilianischen Verfassung, wonach niemand seine Freiheit oder sein Eigentum ohne das „gehörige Rechtsverfahren“ verlieren kann. Sofort erkennbar ist, dass die Verfassung dadurch die Freiheit und das Eigentum des Einzelnen gegenüber dem Staat schützt, indem für die Beschränkung dieser Rechte ein bestimmtes Verfahren vorgeschrieben wird. Darin zeigt sich der formelle Charakter dieser Regelung. Dies wird als „*due process of law*“ bezeichnet. Dieser Regelung wird aber auch ein materieller Gehalt beigemessen: der „*substantive due process of law*“⁸⁴⁰. Um dieses Verständnis zu erklären, werde ich die Argumente anders artikulieren und ergänzen.

Die brasilianische Verfassung bestimmt, dass neue Finanzierungsquellen für die soziale Sicherheit durch Gesetz geschaffen werden können. Dazu ist es aber notwendig, die Anforderungen an die Einführung von Steuern zu beachten. So kann eine neue Finanzierungsquelle nur durch „ergänzendes Gesetz“ errichtet werden. Die „ergänzenden Gesetze“ werden nach Art. 69 CF durch absolute Mehrheit verabschiedet. Im Vergleich zu den „ordentlichen Gesetzen“ sind die „ergänzenden Gesetze“ infolgedessen schwieriger zu verabschieden. Wenn der Staat durch „ordentliches Gesetz“ ein juristisches Institut schafft, das letztlich dazu führt, dass die Unternehmen zusätzlich zu den Steuern noch mehr zahlen

⁸³⁸ Ebd., S. 311. Zum Wortlaut des Art 195 § 4. CF siehe Fn. 816.

⁸³⁹ STF, ADI MC 1931, S. 302 f.

⁸⁴⁰ Grinover, Ada Pellegrini, As Garantias Constitucionais do Direito de Ação, São Paulo 1973, S. 35, zitiert in der Klageschrift zur ADI 1931, abrufbar unter der Datenbank des brasilianischen Obersten Bundesgerichtshofes: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>>, Zugriff am 15. 11. 2016, Rn. 42.

müssen, erweckt das den Eindruck, dass der Staat so lediglich neue Steuern schaffen oder die schon bestehenden erhöhen wollte. Er hätte demnach nur scheinbar die formellen Vorgaben beachtet, aber von Anfang an eine neue Abgabe schaffen wollte.⁸⁴¹

Selbst wenn die sogenannte Erstattung als Abgabe errichtet würde, wäre dies nach Ansicht der Unternehmen mit der Finanzierungsgrundlage des öffentlichen Gesundheitsdienstes nicht vereinbar. Denn die Finanzierung wäre nach Art. 195 CF eine Verantwortung der Gesamtgesellschaft. Hier sehen sich die Unternehmen unzulässigerweise in Anspruch genommen. Damit würde die Verantwortung des Staates auf die PKV übertragen.⁸⁴²

Man kann das Argument aber vertiefen. Wenn zum Beispiel ein Mindestleistungskatalog vorliegt und bestimmte Leistungsbereiche vorgeschrieben werden, wenn die Preise kontrolliert werden, oder wenn die Kündigungsmöglichkeiten eingeschränkt werden, dann wird die Flexibilität der Unternehmen reduziert. Sie müssen Standards beachten und werden damit in gewissem Maße belastet. Sie müssen dann mehr Kosten tragen. Nach einer bestimmten Zeit schaffen sie es gegebenenfalls, diese Kosten zu überwälzen und sie letztlich an die Versicherten weiter zu geben. Aber selbst dann ist zu erwarten, dass der Kundenkreis eingeschränkt wird. Durch die Einschränkung der Freiheit wird auch das Vermögen der Unternehmen reduziert. Hier kommt also auch ein Eingriff in deren Eigentum in Betracht.

Vor diesem Hintergrund wäre es verständlich, wenn sie nicht nur die Erstattung, sondern auch allgemein die neuen Standards als eine Enteignung sähen. Wenn die Erstattung eigentlich eine Abgabe sein sollte, wäre es möglich, sie auch als Enteignung anzusehen. Argumentationsgrundlage wäre Art. 150 IV CF, welcher die Nutzung von Steuern zur Enteignung verbietet. Dies alles würde zu einem Missbrauch der legislativen Gewalt und einer Missachtung der Verfassung führen. Nun berichte ich über weitere Aussagen aus der Klageschrift betreffend die Begriffe „*substantive due process of law*“ und „*Verhältnismäßigkeit*“.

⁸⁴¹ Auch in Deutschland wird bezüglich der Zuzahlungen in der GKV diskutiert, ob der Rabatt, den die Apotheken den Krankenkassen gewähren müssen, als Abgabe bewertet werden muss. Deutschland und Brasilien sind bestrebt, eine möglichst umfassende Gesundheitsversorgung für die Bevölkerung bereitzustellen. Das führt dazu, dass jede Regulierung, die die PKV belastet, möglicherweise mit einer gewissen Entlastung der öffentlichen Absicherung zusammenhängt. Daraus ergibt sich die Tendenz, sie als Steuerersatz zu sehen.

⁸⁴² In Deutschland wurde auch argumentiert, dass der Basistarif und die Halbierung der Höchstprämie bei Hilfebedürftigkeit eine Indienstnahme der privaten Krankenversicherungen und ihrer Kunden für eine soziale Aufgabe darstelle, die eine Verantwortung der Gesamtgesellschaft sei und nicht speziell dieser Gruppen, BVerfG, 1 BvR 706/08, Rn. 61, 63, 64.

Die Figur des „*substantive due process of law*“ habe ihren Ursprung in den USA und werde in Fällen eingesetzt, in denen ein Gesetz nicht angemessen sei (reasonable). Dies entspreche der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips im deutschen Recht. Beide würden vom brasilianischen Obersten Bundesgerichtshof angewandt.⁸⁴³

Man könnte dann hier argumentieren, dass der gesetzgeberische Zweck, die Gesundheitsversorgung für die Bevölkerung zu gewährleisten, durch eine übermäßige Belastung der PKV verfolgt werde. Es gäbe eine Unverhältnismäßigkeit zwischen Mittel und Zweck. Dies würde sowohl zum deutschen Begriff „*Verhältnismäßigkeit*“ als auch zur nordamerikanischen Variante „*reasonableness*“ („*substantive due process of law*“) passen. Am treffendsten könnte man aber sagen, dass das Gesetzgebungsverfahren missbraucht wurde. Von daher würde ich denken, dass das „*substantive due process of law*“, das auch die Einhaltung des vorgegebenen Verfahrens fordert, am besten zur Argumentationsgrundlage des Klägers passen würde.

Die Tendenz in Brasilien ist aber, beide anscheinend beliebig zu nutzen. In der Klageschrift der ADI 1931 z. B. wird darauf hingewiesen, dass die Gesetze der Angemessenheit (d.h. „*reasonableness*“) und Verhältnismäßigkeit genügen müssten.⁸⁴⁴ Kriterien der Verhältnismäßigkeit werden zwar erwähnt; z.B. dass die Regelung geeignet sein müsste (sie müsste die Ziele erreichen können), dass der Eingriff notwendig sein müsste (es gebe keine milderes Mittel, das gleich wirksam sei) und dass die Maßnahme angemessen sein müsste (es müsse ein Gleichgewicht zwischen den Grundrechtseingriff und den damit verfolgten Zielen geben).⁸⁴⁵

Man merkt aber, dass diese Kriterien nicht als Prüfungsschema genutzt werden, sie werden einfach abstrakt erwähnt. Die Argumente zur Unvereinbarkeit des Gesetzes mit der Verfassung und das Verhältnismäßigkeitsprinzip stehen unverbunden nebeneinander.⁸⁴⁶ Der Kläger bezieht die Kriterien der Verhältnismäßigkeit nicht auf den konkreten Fall. Er äußert sich nicht, ob in diesem Fall ein (1) legitimer Zweck vorliegt; er sagt nicht, inwiefern konkret das Gesetz nicht (2) geeignet sein könnte; in der Klageschrift gibt es keine konkrete Überlegung zu (3) milderer Maßnahmen. Es gibt jedoch Argumente, die anscheinend auf eine (4) Übermäßigkeit des Eingriffes hinweisen, wie das Argument, nach dem der Staat seine

⁸⁴³ Klageschrift zur ADI 1931, abrufbar unter der Datenbank des brasilianischen Obersten Bundesgerichtshofes: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>>, Zugriff am 15. 11. 2016 (fortan als Klageschrift zur ADI 1931 zitiert), Rn. 40 ff.

⁸⁴⁴ Klageschrift zur ADI 1931, Rn. 41.

⁸⁴⁵ Ebd., Rn. 48; dazu auch Rn. 53, nur mit anderen Wörtern.

⁸⁴⁶ Ebd. Die Missachtung der „*reasonableness*“ und der Verhältnismäßigkeit wird abstrakt von Rn. 40 bis 53 behandelt.

Verantwortung auf die Unternehmen der PKV übertrage. Eine deutliche Bezugnahme auf das Prüfungsschema erfolgt aber nicht.

Man könnte sich vorstellen, dass für jeden Punkt des Prüfungsschemas der Verhältnismäßigkeit Entscheidungen zitiert werden könnten, die die Ansicht des Klägers unterstützen. Das wird aber nicht gemacht, da im brasilianischen Obersten Bundesgerichtshof die Kriterien der Verhältnismäßigkeit ebenso wenig als Prüfungsschema benutzt werden, auf das sich die Richter beziehen, um gemeinsam eine Jurisprudenz aufzubauen. Die beliebige Nutzung der Begriffe „*Verhältnismäßigkeit*“ einerseits und „*substantive due process of law*“ andererseits hängt möglicherweise damit zusammen, dass keine genaueren Kriterien entwickelt werden. Das Thema verlangt aber selbst eine rechtsvergleichende Untersuchung. Zu untersuchen wären beispielsweise die Bedeutung, die Entwicklung und die Anwendung des „*Verhältnismäßigkeitsprinzips*“ in Deutschland sowie des „*substantive due process of law*“ in den USA. Zu untersuchen wären außerdem die Bedeutung, die Entwicklung und die Anwendung beider Begriffe in Brasilien. Weil dieses Thema allein Gegenstand einer eigenen Untersuchung sein könnte, kann ich hier nicht mehr als eine grobe Einschätzung anbieten.

4. Die prozessualen Folgen und Strategien

In Folge der vorläufigen Entscheidung des brasilianischen Obersten Bundesgerichtshofes ist also die Veränderung der alten Verträge außer Kraft gesetzt. Hinter den alten Verträgen verbleibt ein soziales Problem, d.h. Verträge, die einen dysfunktionalen bzw. unvollständigen Versicherungsschutz anbieten. Da die Entscheidung vorläufig ist, kann das Gericht in der endgültigen Entscheidung seine Position ändern. Eine Änderung ist aber sehr unwahrscheinlich, da in die vorläufige Entscheidung das Bestreben einfließt, mit der Jurisprudenz des Gerichtes über „wohlerworbenen Rechte“ und „Schutz bestehender Verträge“ in Harmonie zu bleiben.⁸⁴⁷

In Verbindung mit der Tatsache, dass mehr als 10 Jahre vergangen sind und die endgültige Entscheidung noch nicht getroffen wurde,⁸⁴⁸ spricht viel für die Annahme, dass hier eine indirekte Lösung gesucht wurde. Der Kläger argumentiert, dass die Tragweite des Versicherungsschutzes so groß sei, dass die Unternehmen nicht mehr arbeitsfähig und die Kunden ernstlich beeinträchtigt seien, dass zudem der neue Standard eine Verteuerung der

⁸⁴⁷ Vgl. STF, ADI MC 1931, S. 334.

⁸⁴⁸ Ebd. Information erhalten unter: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>>, Zugriff am 29. 10. 2016.

Preise verursache und damit eine Einschränkung des Kundenkreises auf die Reichsten. Das werde zu einer drastischen Reduzierung der Versicherten in den Tarifen⁸⁴⁹ führen. Letztlich würde dies zur Erhöhung der Ausgaben im öffentlichen Gesundheitsdienst führen, da mehr Personen zum öffentlichen System zurückkommen müssten. Der Berichterstatter begründet hingegen, dass die Wirkungen der neuen Regelungen nur über eine längere Zeit hinweg beurteilt werden könnten.⁸⁵⁰ Daraus erklärt sich teilweise die lange Wartezeit auf die endgültige Entscheidung. Der Richter Nelson Jobim ergänzt, dass trotz der Anerkennung der Verfassungswidrigkeit der Veränderung der alten Verträge die konkreten Streitigkeiten bezüglich der alten Verträge unter den Anwendungsbereich anderer Regelungen, wie insbesondere das brasilianische Verbraucherschutzgesetzbuch von 1990 (CDC)⁸⁵¹, fallen könnten.⁸⁵²

Die Untersuchung von ALVES, BAHIA und BARROSO weist darauf hin, dass bevor das Gesetz 9656/1998 gekommen sei, die gewöhnliche Grundlage für die Lösung der Konflikte zwischen den Versicherten und den Unternehmen das brasilianische Verbraucherschutzgesetzbuch von 1990 (CDC) gewesen sei. Angesichts der Entscheidung des brasilianischen Obersten Bundesgerichtshofes seien die Streitigkeiten bezüglich der alten Verträge grundsätzlich durch das Verbraucherschutzgesetzbuch zu lösen. Noch zu erwähnen sei, dass selbst Art. 35-G Gesetz 9656/1998 die subsidiäre Anwendung des CDC bestimme.⁸⁵³ Hierfür spricht auch die begriffliche Konstruktion des Gesetzes 9656/1998, welche das Wort Verbraucher als üblichen Begriff hat.⁸⁵⁴ Diese indirekte Lösungsmöglichkeit lässt sich also auf unterschiedliche Weisen verleiten.

Meine Hypothese war, dass das Verbraucherschutzgesetzbuch so ausgelegt wird, dass die Begrenzungen, die die Entscheidung des vorläufigen Rechtsschutzes verursacht hat, mindestens teilweise minimiert werden. Die Jurisprudenz geht aber viel weiter. Der brasilianische Obere Gerichtshof⁸⁵⁵ hat z.B. einen Fall bezüglich eines

⁸⁴⁹ Auf Portugiesisch „Carteira“. Der Begriff wird in Art. 1 III Gesetz 9656/1998 definiert.

⁸⁵⁰ STF, ADI MC 1931, S. 274 und S. 325.

⁸⁵¹ Auf Portugiesisch „Código de Defesa do Consumidor“ (CDC).

⁸⁵² STF, ADI MC 1931, S. 381.

⁸⁵³ *Alves/Bahia/Barroso*, Cad. Saúde Pública, 25 (2), Feb., 2009, 279 (280).

⁸⁵⁴ Die begriffliche Konstruktion wurde im Kapitel über „die Ausprägungen der privaten Krankenversicherung in Brasilien“ behandelt.

⁸⁵⁵ Auf Portugiesisch “Superior Tribunal de Justiça” (STJ). Man kann zusammenfassend sagen, dass der brasilianische Obere Gerichtshof das wichtigste Organ für die Auslegung von Bundesgesetzen ist. Neben anderen Zuständigkeiten entscheidet der Obere Gerichtshof über „besondere Berufung“, wenn die Entscheidung der zweiten Instanz einem internationalen Vertrag oder Bundesgesetz widerspricht oder ihre Anwendung verneint, Akte der lokalen Regierung, die aufgrund Bundesgesetzes angegriffen wurden, für gültig erklärt oder Bundesgesetze unterschiedlich auslegt als ein anderes Gericht der zweiten Instanz. Art. 105 III a, b und c CF.

Versicherungsverhältnisses entschieden, das im Jahr 1995 begann. Es handelt sich also um einen alten Vertrag, welcher den Ausschluss von Lebertransplantationen vorsah. Zum Zeitpunkt des Urteils, also im Jahr 2009, war dieser Leistungsausschluss nach dem Gesetz 9656/1998 in Verbindung mit den Richtlinien der Aufsichtsbehörde erlaubt. Das Gericht hat in diesem Fall entschieden, dass die Klausel bezüglich des Leistungsausschlusses missbräuchlich war und dass sie der Versicherten eine „übermäßige Belastung“⁸⁵⁶ auferlegte. Obwohl nicht explizit angesprochen, ist dies offensichtlich eine Begründung nach Art. 51 IV CDC.⁸⁵⁷ Von fünf Richtern war nur einer für die Rechtmäßigkeit der Vertragsklausel.⁸⁵⁸ Hier geht es nicht darum, das Verbraucherschutzgesetzbuch so auszulegen, dass praktisch das Gesetz 9656/1998 für die alten Verträge gilt. Mit dieser Entscheidungsgrundlage wurden sogar die zur Zeit der Entscheidung, also im Jahr 2009, aktuellen Standards übertroffen. In diesem Fall ist spürbar, dass die Rechtsprechung noch mehr Verantwortung auf die PKV überträgt, als es das Gesetz 9656/1998 und die untergesetzlichen Vorschriften vorsehen.

Angesichts dieser Feststellung habe ich mich gefragt, ob solche Urteile, die die Möglichkeiten von Leistungsausschlüssen beschränken, einen Trend darstellen. ESMERALDI z.B. behauptet, es gebe eine große Anzahl von Entscheidungen, die, neben anderen Aspekten, den Mindestleistungskatalog erweitern. Sie zitiert außerdem „Leitsätze“⁸⁵⁹ des *Gerichtshofes von São Paulo (TJ/SP)*⁸⁶⁰, die eine Konsolidierung der dahingehenden Jurisprudenz darstellten. Sie stellt dann aber die Rechtswidrigkeit dieser „Leitsätze“ fest, da das gesetzliche Verfahren nicht beachtet worden sei.⁸⁶¹

Auch die Untersuchung von CARLINI erweckt den Eindruck, dass Entscheidungen, die die Verantwortung der PKV erweitern, im Trend liegen. Sie zitiert zwei Entscheidungen der zweiten Instanz des Bundeslands *Pernambuco*, zwei des Bundeslands *Minas Gerais*, zwei aus *São Paulo* und eine des brasilianischen Oberen Gerichtshofes.⁸⁶² Die Autorin konzentriert sich auf wenige Entscheidungen, da sie die jeweiligen Argumente untersuchen will. Es ist

⁸⁵⁶ Auf Portugiesisch „onerosidade excessiva“. Für eine Erläuterung siehe Anhang F.

⁸⁵⁷ Für eine Erläuterung siehe Anhang F.

⁸⁵⁸ Brasilien, Superior Tribunal de Justiça (STJ), Recurso Especial (Resp.) 1.053.810 – SP, Terceira Turma [dritter Senat], Berichterstatter: Nancy Andrichi, entschieden am 17. 12. 2009, veröffentlicht: DJe 15. 03. 2010, abrufbar unter: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=842856&num_registro=200800949086&data=20100315&formato=PDF>, Zugriff am 05. 11. 2016, S. 17, vgl. S. 11 und S. 2.

⁸⁵⁹ Diese fassen die Rechtsprechung eines Gerichtes zusammen. Sie dienen jedoch nur als eine Orientierung und Hilfe für die Entscheidung von Fällen, die sich wiederholen. Eine Leitsatzbindung ist hingegen nur im Obersten Bundesgerichtshof (STF) möglich. Dies ist in Art. 103-A CF bestimmt.

⁸⁶⁰ Auf Portugiesisch “Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ/SP)”. Zweite Instanz der ordentlichen Gerichtsbarkeit. In Brasilien hat jedes Bundesland einen Gerichtshof, der als zweite Instanz fungiert.

⁸⁶¹ *Esmeraldi/Lopes*, Planos de Saúde no Brasil, S. 199 ff.

⁸⁶² Das Urteil des brasilianischen Oberen Gerichtshofes wurde gerade oben dargestellt.

zudem darauf hinzuweisen, dass bei einer dieser Entscheidungen die Informationen, die die Autorin widergegeben hat, nahelegen, dass ein Leistungsausschluss als missbräuchlich beurteilt wurde, weil der Ausschluss nicht explizit erfolgte. Das wäre eine Situation, die weiter untersucht werden müsste. Wenn der Versicherer bestimmte Leistungen oder Krankheiten ausdrücklich von der Deckung ausschließt, ist dies womöglich anders zu beurteilen, als wenn er abstrakt in der Vertragsklausel z.B. bestimmt, dass nur die Behandlungen des Leistungskatalogs der ANS gedeckt werden.⁸⁶³

LIMA hat 65 Entscheidungen des brasilianischen Oberen Gerichtshofes aus den Jahren 2000 bis 2015 untersucht und stellt eine Tendenz zur Entscheidung zugunsten der Versicherten fest. Obwohl der Autor herausfindet, dass 33 bzw. 55 % der Entscheidungen das Thema der Leistungsausschlüsse behandeln und eine Entscheidung zugunsten des Versicherten zusammenfasst, informiert er leider nicht darüber wie die übrigen Fälle gelöst werden.⁸⁶⁴ TRETTEL untersuchte Entscheidungen des brasilianischen Obersten Bundesgerichtshofes in „außerordentlichen Berufungen“⁸⁶⁵ und des brasilianischen Oberen Gerichtshofes in „besonderen Berufungen“⁸⁶⁶ bis zum 03. Juni 2008 und stellt fest, dass der brasilianische Oberste Bundesgerichtshof sich bis jetzt zur Begründetheit noch nicht geäußert habe. Die „außerordentlichen Berufungen“ weise er als unzulässig ab.⁸⁶⁷ Der brasilianische Obere Gerichtshof sei also die letzte Ebene, wo eine Entscheidung über die Begründetheit stattfindet. Von den 95 untersuchten Entscheidungen seien 78 oder 82,1 % zugunsten der Versicherten ergangen. Aus dieser Untersuchung ergibt sich, dass der brasilianische Obere Gerichtshof Vertragsklauseln, die die Deckung von Krankheiten ausschließen, tendenziell als missbräuchlich ansieht. Nur in einem Fall wurde die Klausel für rechtmäßig gehalten. Ein wichtiger Aspekt sei, dass der Vertrag im Jahr 1968 abgeschlossen worden sei und dass der Versicherte selbst in der Antragsschrift zugegeben habe, dass der Versicherer versucht habe, den Vertrag an das Gesetz 9656/1998 anzupassen. Bezüglich des Ausschlusses von Behandlungen, lässt sich feststellen, dass von zehn Entscheidungen, die der Autor zitiert hat, acht „für den Versicherten“ entschieden wurden. Von diesen zehn Urteilen behandelten fünf das Thema Transplantation. Zwei davon wurden „gegen den Versicherten“ entschieden.⁸⁶⁸ Diese zwei habe ich weiter untersucht. In der Entscheidung Resp. 319.707/SP haben zwei von

⁸⁶³ *Carlini*, *Judicialização da Saúde pública e privada*, S. 169 ff.

⁸⁶⁴ *Lima*, *Tratamento dado aos Contratos de Plano de Saúde pelo Superior Tribunal de Justiça*, S. 10, S. 102, S. 83 ff.

⁸⁶⁵ Dazu siehe Fn. 511.

⁸⁶⁶ Dazu siehe Fn. 855.

⁸⁶⁷ Auf Portugiesisch „não admite” oder “não conhece”.

⁸⁶⁸ *Trettel*, *Planos de Saúde na Justiça*, S. 13, S. 76 ff, S. 79, S. 112 ff.

fünf Richtern „für den Versicherten“ entschieden.⁸⁶⁹ Nur in der Entscheidung Resp. 635.975/SP haben alle Richter „für das Unternehmen“ entschieden. Allerdings waren zwei Richter nicht anwesend.⁸⁷⁰ Ich würde von daher schon sagen, dass es derzeit eine Tendenz gibt, die Verantwortung der PKV auszudehnen.

Innerhalb der Literatur stelle ich aber fest, dass in diesem Gebiet immer noch Forschungsbedarf besteht. Zu differenzieren wäre z.B. danach, ob die ausgeschlossene Leistung im Mindestleistungskatalog enthalten war und deswegen nicht ausgeschlossen werden durfte. In diesem Fall wäre die Vertragsklausel im Falle der *neuen Verträge* offensichtlich rechtswidrig und infolgedessen würde das entsprechende Urteil, das dies erklärt, die Verantwortung der PKV nicht ausdehnen. Eine andere Situation ist es, wenn die Vertragsklausel abstrakt Leistungen ausschließt. Ein Beispiel dafür wäre die Bestimmung des Ausschlusses aller Behandlungen, die im Mindestleistungskatalog der Aufsichtsbehörde nicht enthalten sind. Wird die Klausel deswegen als rechtswidrig bewertet, führt diese Entscheidung nur indirekt zu einer Ausdehnung der Verantwortung der PKV. Hauptthema ist die Unklarheit der Vertragsklausel und damit die Verletzung einer Informationspflicht. Das wäre eine Grenzsituation. Es wäre aber nicht zutreffend zu behaupten, dass die gerichtliche Entscheidung die Verantwortung der PKV ausgedehnt hätte. Die letzte Situation wäre, wenn z.B. eine Behandlung explizit im Versicherungsvertrag ausgeschlossen wurde, die im Mindestleistungskatalog nicht enthalten ist. Wird die Deckung durch gerichtliche Anordnung bestimmt, dann hat das Urteil die Verantwortung der PKV ausgedehnt. Der Mindestleistungskatalog der Aufsichtsbehörde wird regelmäßig aktualisiert. Denkbar wäre, dass ein Leistungsausschluss, der in diesem Jahr erlaubt ist, im nächsten Jahr schon nicht mehr erlaubt ist. Die Frage wäre, ob die Aktualisierung des Mindestleistungskatalogs alle Verträge ab dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes automatisch verändert und damit eventuelle Leistungsausschlüsse aufhebt. Ich würde das tendenziell mit ja beantworten. Es scheint mir wenig sinnvoll, dass das Problem von alten und neuen Verträgen durch den Mindestleistungskatalog ständig von Neuen aufgeworfen wird. Nach der aktuellen

⁸⁶⁹ Brasilien, Superior Tribunal de Justiça (STJ), Recurso Especial (Resp.) 319.707 – SP, Terceira Turma [dritter Senat], Berichterstatter: Castro Filho, entschieden am 07. 11. 2002, veröffentlicht: DJ 28. 04. 2003, abrufbar unter:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=113048&num_registro=200100474284&data=20030428&formato=PDF>, Zugriff am 08. 11. 2016.

⁸⁷⁰ Brasilien, Superior Tribunal de Justiça (STJ), Recurso Especial (Resp.) 635.975 - SP Terceira Turma [dritter Senat], Berichterstatter: Carlos Alberto Menezes Direito, entschieden am 13. 12. 2005, veröffentlicht: DJ. 02. 05. 2006, abrufbar unter:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=599803&num_registro=200400257700&data=20060502&formato=PDF>, Zugriff am 08. 11. 2016.

Jurisprudenz des brasilianischen Obersten Bundesgerichtshofes bezüglich „wohlerworbenen Rechte“ und „Schutz bestehender Verträge“⁸⁷¹ müsste dies aber dazu führen. Hier scheint die Jurisprudenz des Bundesverfassungsgerichts zum Rückwirkungsverbot angemessener.

Was die Position der Justiz und die (prozessualen) Folgen, bzw. die Strategien angeht, gibt es im brasilianischen Obersten Bundesgerichtshof die schon erwähnte „direkte Verfassungswidrigkeitsklage“ ADI 1931 und die „außerordentliche Berufung“ 597.064-RJ zu entscheiden. Die lange Wartezeit für die Entscheidung, insbesondere für die ADI 1931, ist ein Indiz für die Schwierigkeit des Themas. Die Entscheidung wird die zukünftige Jurisprudenz stark beeinflussen. Es ist von daher verständlich, dass der brasilianische Oberste Bundesgerichtshof weitere Berufungen als unzulässig abweist. Die Verfassungsfragen werden sehr wahrscheinlich erst bei der Entscheidung der ADI 1931 beantwortet. Das Gericht braucht möglicherweise Zeit, um die Entwicklung zu beobachten. Es ist aber auch denkbar, dass die lange Wartezeit dazu gedacht ist, dass sich das Problem der alten Verträge von selbst entschärft. Für Klagen der einzelnen Versicherten ist anscheinend die Strategie, dass Dysfunktionalitäten der PKV durch die Anwendung anderer Regelungen wie das CDC den anderen Instanzen der Justiz überlassen werden. Ein Nachteil ist dementsprechend, dass eine Vielzahl von unterschiedlichen Kriterien und Formen der Behandlung der Materie unter den verschiedenen Richtern und Instanzen entsteht. Der Sektor war vor dem Inkrafttreten des Gesetzes chaotisch und bleibt, wie ich bis jetzt beschrieben habe, sehr problematisch. Es lässt sich absehen, dass sich Missverständnisse innerhalb der Jurisprudenz verbreiten und dass die Unternehmen uneinheitliche Signale erhalten. Die möglichen Rechtsformen bzw. die Arten der Unternehmen der PKV sind in Brasilien noch sehr vielfältig⁸⁷² und schließen die Möglichkeit einer eigenen Leistungserbringung ein.⁸⁷³ Wie auch schon behandelt, gibt es außerdem Krankenhäuser, die einen eigenen Versicherungsschutz anbieten.⁸⁷⁴ Zudem gibt es eine Variante der PKV, die sich gemeinnützige Unternehmen nennt.⁸⁷⁵ Diese Institutionen erhalten steuerliche Vorteile.⁸⁷⁶ Darunter stehen möglicherweise Institutionen, die gleichzeitig Leistungen für den öffentlichen Gesundheitsdienst anbieten. Man kann hier also feststellen, dass weitgehende Teile des Systems unklar sind. Es dürfte Institutionen geben, die Beiträge

⁸⁷¹ Diese Begriffe können analog zum Rückwirkungsverbot des deutschen Rechtes verstanden werden.

⁸⁷² Das Thema wurde in Unterkapitel „D.V.1“ behandelt.

⁸⁷³ Das Thema wurde in Unterkapitel „D.V.“ behandelt.

⁸⁷⁴ Vgl. *Figueiredo*, *Curso de Direito de Saúde Suplementar*, S. 123.

⁸⁷⁵ Dazu siehe Unterkapitel „D.V.1“.

⁸⁷⁶ Art. 195 § 7 CF. Nach meiner freien Übersetzung: „Die im Bereich der Sozialhilfe wohltätigen Institutionen sind von der Tragung von Sozialbeiträgen befreit, wenn sie die Anforderungen des Gesetzes erfüllen.“ Auf Portugiesisch: „São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.“

der Versicherten der PKV erhalten, zusätzlich steuerliche Vorteile genießen und außerdem als Leistungserbringer des SUS öffentliche Gelder erhalten. Eine Ausdehnung der Verantwortung der Unternehmen durch die Justiz führt nicht notwendigerweise zur Verbesserung des Gesamtsystems, wenn die Unternehmen durch öffentliche Gelder den Ertrag wieder erhöhen und dadurch die Wirksamkeit und die Qualität des öffentlichen Dienstes verschlechtern.

G. Schlussfolgerung

1.

Die vorliegende Untersuchung der deutschen GKV, des brasilianischen einheitlichen Gesundheitssystems (SUS) und der entsprechenden privaten Krankenversicherungen (PKV) hat gezeigt, dass die Unterscheidung zwischen den Absicherungsformen nicht als Dichotomie zu verstehen sind, sondern als Skala. Zu diesem Ergebnis bin ich im Abschnitt „E.II.5“ („Zwischenergebnis: die Finanzierungsform und ihre Folgen“) gekommen. Auf diese Weise können sowohl Unterschiede als auch Ähnlichkeiten erfasst werden. Die Anerkennung von gemeinsamen Prinzipien führt nicht zu einer beliebigen Beschreibung der Absicherungsformen, wenn man in Betracht zieht, dass sich diese gemeinsamen Prinzipien in jeder Absicherungsform mit unterschiedlicher Intensität auswirken. Das funktioniert beispielsweise bei der Fürsorge, bei der Versicherung und bei der Versorgung.

Ich würde diesen Zusammenhang wie folgt sehen: Bei der Fürsorge war ursprünglich das höchste Maß an freier Entfaltung der Absicherung zu beobachten. Aber schon in dieser Phase der Entfaltung der Absicherung fing der Staat an, der Absicherung einen Rahmen zu geben, bzw. die Absicherung direkt oder indirekt zu übernehmen. Angesichts der Untersuchung über die Entstehung der privaten Krankenversicherungen (Abschnitte D.II und D.III) und über die Arten der öffentlichen Absicherung (Abschnitt E.I) lässt sich erkennen, dass die Entstehung der Versicherung die Erfahrungen aus der Fürsorge bzw. der gesellschaftlichen Selbsthilfe als Hintergrund hat. Mit der Idee einer gesellschaftlichen Selbsthilfe und einer größeren Belastung des Individuums kam es zur Ausdehnung der Versichertengemeinschaft und der Einbeziehung schutzbedürftiger Gruppen. So entstand schrittweise die Idee einer noch breiteren Solidarität. Die Formen der Absicherung unterscheiden sich zwar voneinander, bilden aber eine Art Kontinuum. Der Unterschied ist infolgedessen nicht so drastisch, wie man meinen könnte. Die unterschiedlichen Absicherungsformen sind flexibel und teilen gemeinsame Ansatzpunkte.

In Abschnitt „E.II.5“ ergab sich, dass die Äquivalenz das höchste Ausmaß in der PKV erreichen kann; in der GKV erreicht sie höchstens mittleres Ausmaß. Selbst in der Steuerfinanzierung des brasilianischen Versorgungssystems dürfte es ein geringeres Maß an Äquivalenz geben. Um das zu fassen sind andere Begriffe nützlich. Der Begriff *Zweckbindung* ist ein Beispiel. Sofern das öffentliche Gesundheitssystem nach dem Vorbild eines Versorgungssystems gestaltet ist, muss die Absicherung immer noch sichergestellt werden. Dies ist nur möglich, wenn Ausgaben und Einnahmen sich ausgleichen. Die Steuern

müssen teilweise für die Durchführung der Absicherung bestimmt werden, mögen sie als zweckgebunden gelten oder nicht. Wird dies nicht beachtet, sind nachteilige Konsequenzen zu erwarten. Das öffentliche Gesundheitswesen kann seine Legitimationsgrundlage verlieren und Widerstand gegen den Abgaben kann entstehen oder sich verschärfen.

Zweckbindung als Begriff des Steuerrechtes findet keine Anwendung im Bereich der Prämien für eine PKV. Trotzdem geht, das größtmögliche Maß an Äquivalenz der Preise in der PKV mit dem größtmöglichen Maß der Bindung an einen Zweck einher, namentlich in der individuellen Absicherung. Hier kann man auch sagen, dass die Kosten innerhalb der Lebensbiografie verteilt werden, was die Verteilung der Kosten innerhalb der Versichertengemeinschaft minimiert. Trotzdem verbleibt die Charakterisierung der Versicherung als die Übernahme des Risikos durch eine Versichertengemeinschaft, was wiederum einen Aspekt der Solidarität beinhaltet: eine Solidarität, die idealerweise in der Sozialversicherung ein mittleres und im Versorgungssystem das größtmögliche Ausmaß erreichen kann.

Genauso wie die Solidarität regelmäßig vorhanden ist, wird die Absicherung zwar mit unterschiedlicher Intensität, aber doch stets dazu angehalten sein, sich auf einer individuellen Basis zu organisieren. Zwar erweist sich die Steuerfinanzierung bei der Mittelaufbringung als die flexibelste Form. Dennoch muss die Absicherung im Versorgungssystem auf die individuelle Inanspruchnahme von Leistungen vorbereitet sein. Dies zu versagen, würde einen Verstoß gegen Erwartungen in der Gesellschaft und gegen Ansprüche ihrer Individuen bedeuten. Diese Aspekte verweisen auf eine residuale Präsenz, wenn auch nicht der Äquivalenz, so doch zumindest der Zweckbindung in der Steuerfinanzierung des Versorgungssystems.

In den unterschiedlichen Absicherungsformen übernehmen verschiedene Akteure die Funktion der Sicherung im Krankheitsfall. Im Fürsorgesystem übernimmt die Gesellschaft selbst die Rolle des Versicherers. Das können beispielsweise sein die Nachbarschaft, die Familie oder die Kirchen. In der privatwirtschaftlichen PKV übernimmt diese Rolle ein Unternehmen, das typischerweise als echte Versicherung gesehen wird. In der Sozialversicherung wird diese Funktion durch eine dem Staat zugeordnete Institution übernommen; der Staat übernimmt die Absicherung also mittelbar. Im Versorgungssystem übernimmt er diese Aufgabe hingegen unmittelbar. Man sieht hier die unterschiedlichen Akteure und entsprechenden Formen, wobei die Deckung, bzw. die Sicherung der Lebensgrundlage der Individuen im Krankheitsfall gewährleistet wird. Dies ist schon ein Hinweis auf die Anwesenheit des Versicherungsprinzips in all diesen Gestaltungen. Dennoch

hat die Wahrscheinlichkeitsrechnung, bzw. die Einschätzung des Risikos, hier unterschiedliche Möglichkeiten. In der gesellschaftlichen Selbsthilfe ist sie grundsätzlich nur eingeschränkt möglich. Eine Ausnahme können Institutionen der genossenschaftlichen Selbsthilfe bilden. Hier sind die Möglichkeiten deutlich größer. In der privaten Wirtschaft kann man sich dann schon mehr der individuellen Äquivalenz nähern. In der Sozialversicherung lässt die Einschätzungsfähigkeit wieder nach, da stets auch schutzbedürftige Gruppen einbezogen werden. Im Versorgungssystem verbleibt zwar die Möglichkeit der Einschätzung von Risiken innerhalb der Bevölkerung und der entsprechenden Vorbereitung. Die Versichertengemeinschaft ist aber so ausgedehnt, dass eine individuelle Risikobewertung nicht möglich ist. Dies weist auf unterschiedlichen Intensitäten des Versicherungsprinzips hin.

Zusammenfassend ergibt sich die Feststellung, dass je intensiver die Äquivalenz, bzw. die Zweckbindung der Finanzierungsgrundlage ist, desto stärker das Versicherungsprinzip wird. Dies beeinflusst wiederum das Maß der Absicherung auf individueller Basis. Das Maß der Individualisierung bedeutet, inwieweit die Absicherung auf das Individuum angepasst werden kann, wie flexibel sie also sein kann.

Die Solidarität verhält sich aber in umgekehrter Richtung. Betrachtet man die grundsätzlichen Unterschiede der Finanzierungsform, findet man in der Steuerfinanzierung eine gewisse Trennung zwischen der Tragung der Finanzierungslast und dem Anspruch auf Gesundheitsversorgung. Die Steuerfinanzierung bietet aber wohl die breiteste Grundlage für die solidarische Finanzierung. In der PKV findet man hingegen Preise, die unter den Begriffen Beiträge oder Prämien eingeordnet werden können. In der (Sozial-) Krankenversicherung findet man durch die (Sozial-)Beitragsfinanzierung eine Mischung aus beiden Systematiken. Man kann auf dieser Ebene ebenso eine Art Kontinuum beobachten. Diese grundsätzlichen Unterschiede führen zwar zu verschiedenen Gestaltungstendenzen. Dennoch gibt es mit der Freiheit und der Gleichheit, der Sicherheit und dem Anreiz gemeinsame Fragen, die sich in allen Gestaltungen stellen.

Dass die Absicherung zur Individualisierung neigt, bzw. dass sie auf das Individuum tendenziell angepasst und in dieser Hinsicht flexibel wird, kann ambivalente Wirkungen haben. Das verdeutlicht der Blick auf die Sicherheit aus Perspektive des Versicherten. Eine der höchsten Stufen der freien Gestaltung der Absicherung findet man in der Anfangsphase der Fürsorge, in der man im Bedarfsfall z.B. auf Nachbarschafts- und Familienverhältnisse bauen musste. Man findet dort aber auch eine der höchsten Stufen der individuellen Verantwortung und Belastung. Es bestand zwar Freiheit, aber keine Sicherheit bezüglich der

Absicherung. Sicherheit bezüglich der Absicherung besteht beispielsweise, wenn dafür gesorgt ist, dass ein Rechtsanspruch auf die Leistung besteht, der auch durchgesetzt werden kann, notfalls im Wege der Zwangsvollstreckung. Wenn man einen Rechtsanspruch einräumt, bedeutet das aber schon eine grundsätzliche Einschränkung der Freiheit, bzw. der Flexibilität. Man kann aber Sicherheit in unterschiedlichen Weisen herstellen wollen. Ein Beispiel dafür wäre die Sicherung von spezifischen Risiken durch einen Mindestleistungskatalog. Ein weiteres Beispiel besteht darin, dass eine Erhöhung der Preise kontrolliert oder die Kündigung eingeschränkt wird. In diesem Fall wird die Sicherung im Zeitverlauf gewährleistet. Dies sind Aspekte, die nicht nur in der PKV, sondern auch in der Sozialrankenversicherung vorkommen. Ferner gibt es noch die Möglichkeit, die Sicherung so zu organisieren, dass Personen mit ungenügender Finanzkraft die Deckung trotzdem erhalten. Das kann in der Sozialrankenversicherung in unterschiedlichem Ausmaß gemacht werden und durch die daraus erfolgende Ausdehnung der Versichertengemeinschaft bekommt die Versicherung dann Versorgungstendenzen. Dies bedeutet, dass der Staat zum Teil die Aufgabe übernimmt. In der Stufe eines Versorgungssystems ist die Übernahme noch intensiver und kann bis zur vollständigen Übernahme der sozialen Sicherung durch den Staat reichen. Die vollständige staatliche Übernahme bedeutet, dass die Gesamtgesellschaft die Sicherungsfunktion erfüllt. Vor diesem Hintergrund kann man erkennen, dass die Gleichheitsfragen in Sozialversicherungssystemen anfangen, intensiver zu werden, und in Versorgungssystemen noch sensibler werden.

In der gesellschaftlichen Selbsthilfe erreicht man tendenziell das höchste Maß an Freiheit, man hat aber das niedrigste Maß an Gleichheit. In der gesellschaftlichen Selbsthilfe ist die Frage nach dem Personenkreis weitgehend irrelevant, da die Sicherungsfunktion frei übernommen wird. Im Versicherungssystem fängt diese Frage an, relevant zu werden, da der staatliche Eingriff dazu bestimmt ist, die Sicherung zu garantieren. Im Versorgungssystem verliert die Frage nach dem Personenkreis aber wieder an Bedeutung, weil die Gleichheit ein noch höheres Ausmaß erreicht, sodass die ganze Bevölkerung gesichert wird. Man setzt den Schwerpunkt also entweder mehr auf das Individuum⁸⁷⁷ oder mehr auf die Gesellschaft⁸⁷⁸. Setzt man den Schwerpunkt mehr auf das Individuum⁸⁷⁹, tritt eine Unsicherheit auf Seite der

⁸⁷⁷ Wie im Fall einer privaten Krankenversicherung.

⁸⁷⁸ Wie im Fall eines Versorgungssystems.

⁸⁷⁹ Denkt man rein hypothetisch an den Idealfall einer reinen PKV, bei welcher es keine staatliche Regulierung gäbe, bei welcher man das Risiko stets so perfekt einschätzen könnte, dass man den Bereich der Vorhersehbarkeit erreicht, bei welcher die Solidarität keine Bedeutung hätte, könnte man sich folgendes vorstellen: die vorhersehbaren kranken Individuen würden im Extremfall so sehr mit Kosten belastet, dass sie sich in der Regel nicht versichern könnten, für die übrigen Fälle würde aber passieren, dass selbst die

leistungsschwächeren Personen ein, welche Auswirkungen in der Gesellschaft hat. Setzt man den Schwerpunkt mehr auf die Gesellschaft, schafft man zwar eine breitere Basis für die Absicherung, aber die Absicherung verliert an Genauigkeit, da die Organisation sich nicht mehr am Individuum orientiert. Damit tritt wiederum Unsicherheit ein.

Ein weiterer Aspekt ist, dass das Verhalten des Staates in diesen unterschiedlichen Organisationsformen auch entsprechend anders ist. Am Anfang übernehmen die kleineren Zellen der Gesellschaft die Sicherungsfunktion (Nachbarschaft, Familie, Kirchen). Erst danach fängt der Staat an einzugreifen. Die Trennung zwischen Privat- und Sozialversicherung findet in einer späteren Phase statt. In der PKV müssen freie Spielräume für die Vertragsparteien, bzw. Handlungsspielräume gewährt werden. Das wird insbesondere durch die Vertragsfreiheit ausgedrückt. Es muss aber eine Aufsicht geben, damit diese Spielräume nicht überschritten werden. Wenn kein rechtswidriges Verhalten stattfindet, beschränkt sich die Rolle des Staates darauf, zu lenken und Anreize für die Individuen zu schaffen. Lenken bedeutet nichts anderes als Rahmenbedingungen zu gestalten, ohne den Akteuren den Spielraum zu entziehen. Im Versorgungssystem hat der Staat die Struktur eher unter seiner Kontrolle. Infolgedessen werden die Anreize nicht mehr relevant. Hier findet auch wieder der Gedanke einer Mittelstellung der Sozialversicherung seinen Ausdruck. Die Sozialrankenversicherung hat gleichzeitig Versorgungs- und Versicherungsaspekte. Eine Körperschaft übernimmt in Auftrag des Staates eine staatliche Aufgabe. Die Aufsicht ist hier zwar intensiv, geht aber nicht soweit, dass der Staat die Einrichtungen übernimmt oder schafft. Dies schlägt sich insbesondere in der Selbstverwaltung nieder. Hier werden infolgedessen Bezugspunkte für die Lenkung und den Anreiz auf der individuellen Ebene hergestellt.

2.

In der deutschen GKV besteht für die Stärkung der finanziellen Grundlage der Solidargemeinschaft die Möglichkeit der Einbeziehung von Gruppen mit höheren Einkommen in die Pflichtversicherung. Dies geschieht durch die Erhöhung der Pflichtversicherungsgrenzen und führt dazu, dass der Personenkreis der PKV verkleinert wird. Will man die finanzielle Grundlage der GKV weiter stärken, ohne die PKV als Alternative für

Ermittlung des Risikos zur Folge hätte, dass sie die Versicherung nicht bräuchten, da sie die Kosten selber tragen könnten. Es ist zwar besser, mehr über das Risiko zu kennen, wenn man aber für jede einzelne Person technisch in der Lage wäre, den Bereich der Vorhersehbarkeit zu erreichen, dann würde die Versicherung ihre Funktion nicht mehr erfüllen können, da ein gewisses Ausmaß an Unwissenheit zur normalen Funktionsweise einer PKV gehört.

die GKV aufzulösen, gibt es die Möglichkeit, durch die Regulierung in der PKV eine stabile Absicherung für die gesamte Lebensbiographie einer Person zu verfolgen (Vollfunktionalität). Hier lässt sich als Beispiel das Kündigungsverbot der substitutiven Krankenversicherung anführen. Schwierig ist aber, dass die Vollfunktionalität auch eine gewisse Übertragung von Elementen der GKV an die PKV voraussetzt. Das betrifft zum Beispiel die Senkung der Prämien auf die Hälfte im Fall von Hilfebedürftigkeit. Damit versucht man zu vermeiden, dass in finanziellen Krisensituationen z. B. ein Wechsel des Versicherten zur GKV ermöglicht werden muss. Ferner ist der Basistarif letztlich ein Bereich in der PKV, wo typische Prinzipien der GKV gelten.

Im Vergleich mit dem Referenztarif der brasilianischen PKV stellt der Basistarif in Deutschland grundsätzlich einen intensiveren Eingriff in die Freiheit dar. Der Basistarif bindet die privaten Unternehmen an das Leistungsniveau sowie den Höchstbeitrag der GKV und führt einen Annahmewang und ein absolutes Kündigungsverbot ein. Im Referenztarif entspricht dem zwar die Bindung an einen Leistungskatalog und es besteht ebenfalls ein Annahmewang. Auch sind zwar die Preise durch die Aufsichtsbehörde kontrolliert, eine Bindung der Beiträge an die Systematik des SUS gibt es aber nicht. Auf der Organisationsebene dürfte das auch schwierig und umstritten sein: Im Versorgungssystem kann man nur schwer über Preise reden. Da die Beitragshöhe grundsätzlich nicht eingeschränkt ist, können die Unternehmen den Tarif unattraktiv gestalten.

Dabei ist aber auch in Betracht zu ziehen, dass der Referenztarif in Brasilien eine andere Funktion hat als der Basistarif in Deutschland. Durch den Referenztarif wurde versucht, den PKV-Unternehmen in Brasilien eine gewisse Ordnung zu geben. Der Basistarif dient grundsätzlich dazu, den Versicherten der deutschen PKV im Laufe des Lebens den Verbleib in der privaten Versicherung zu ermöglichen (sei es in Phasen finanzieller Krisen, sei es wegen der Erhöhung der Ausgaben im Alter). Für den Basistarif wurde geplant und vorausgesehen, dass er nur eine eingeschränkte Tragweite erreichen würde. Dennoch wurde ein Risikostrukturausgleich geschaffen, um die PKV sowie ihre Prinzipien aufrechtzuerhalten bzw. die Unternehmen gleichmäßig zu belasten. Betrachtet man aber, wie die Materie der privaten Krankenversicherungen in Brasilien gerichtlich behandelt wird (Abschnitt F.II.4), sieht man die Neigung, die Verantwortung der PKV auszudehnen. In diesem Sinn tendiert die PKV zunehmend dazu als öffentliche Absicherung behandelt zu werden. Der Unterschied ist aber, dass die Tragweite der daraus folgenden Abweichung von Versicherungsprinzip und Äquivalenz sowie deren Wirkungen schwieriger zu kontrollieren sind. Auch ist zu bezweifeln, dass eine wirksame Kontrolle überhaupt stattfindet.

Der oben genannte Kontext weist auf ganz andere Probleme hin. Dass die Leistungserbringung des SUS überwiegend durch Private erfolgt, ist eine Abweichung von den typischen Merkmalen eines Versorgungssystems. Im Hintergrund stehen Defizite des öffentlichen Gesundheitswesens, die verbleiben. Eine schwache soziale Sicherheit hängt sehr wohl mit einer starken Inanspruchnahme der privaten Sicherung für Gemeinwohlzwecke zusammen. Eine überwiegend nichtstaatliche Leistungserbringung ist ein typisches Merkmal eines (Sozial-)Versicherungssystems. Der SUS erhält daraus eine Tendenz zum (Sozial-)Versicherungssystem. Das sollte berücksichtigt und das Verhalten des Staates entsprechend angepasst werden.

Die Ausgangssituation des SUS stellt sich anders dar als die deutsche GKV. Die Steuerfinanzierung oder die Nutzung von Beiträgen mit steuerlichem Charakter und das daraus folgende Prinzip der Universalität der Deckung bewirkt, dass die Frage nach dem Personenkreis in Brasilien weitestgehend irrelevant ist. Der Einzelne trägt keinen Beitrag zur Finanzierung der Gesundheit. Die Leistungsfähigkeit des Einzelnen hat damit keine direkte Wirkung auf die Finanzierung des Systems. Man könnte hier, anders als in der deutschen GKV, an die Möglichkeit denken, die Vermögenden aus der Deckung des SUS auszuschneiden. Dagegen ist aber Widerstand zu erwarten, weil das im Prinzip den Grundlagen des Systems widerspricht. Zumindest bestehen starke Vorbehalte gegen eine solche Einschränkung. Daher sollte die Rechtfertigung mit aller Ausführlichkeit erfolgen und die Struktur des öffentlichen Gesundheitswesens entsprechend angepasst werden.

Für das brasilianische System ist diese erste Möglichkeit infolgedessen weitgehend unpraktikabel. Es gibt wenige Bezugspunkte zur Koordinierung der PKV mit dem öffentlichen Gesundheitswesen (z.B. durch die Verteilung der Personenkreise). Für Brasilien verbleibt aber die Möglichkeit, die Vollständigkeit und Vollfunktionalität der PKV zu verfolgen. Beispiele hier sind der Referenztarif, das Mindestdeckungsniveau für die einzelnen Leistungsbereiche und die Einschränkung der Erhöhung von Preisen aufgrund des Alters. Medikamente sind in der brasilianischen PKV jedoch grundsätzlich nicht gedeckt. Das weist auf die Unvollständigkeit der PKV hin. Für Fälle finanzieller Not ist auch keine Unterstützung vorgesehen: Für Beitragsrückstand kann den Verlust des Versicherungsschutzes bedeuten. Ferner stellt sich auch für Brasilien die Möglichkeit der Übertragung von Verantwortung auf die PKV. Beispiele sind die vorläufige partielle Deckung und der sich daraus ergebende Annahmewang. Ob diese sich jedoch durchsetzen lassen, wird bezweifelt.

Für die Problematik der Erstattung des öffentlichen Gesundheitswesens lässt sich feststellen, dass es im Hintergrund zwei Probleme gibt: einerseits das Verlangen nach der Abgrenzung der Sicherungsformen, da die brasilianische PKV zumindest einen Anspruch auf Selbständigkeit und Vollständigkeit hat. Diese Problematik findet insbesondere in der Trennung der Personenkreise ihren Ausdruck und es wurde bereits festgestellt, dass die Universalität dem grundsätzlich entgegensteht. Andererseits hängt die Schwäche der sozialen Sicherung möglicherweise mit einer stärkeren Inanspruchnahme der privaten Sicherung für Gemeinwohlzwecke zusammen.

Für die Erstattung kann man feststellen, dass dem SUS die Abwicklung der Absicherung nach der typischen Funktionsweise eines Versicherungssystems unbekannt ist. Die Aufsichtsbehörde macht sich selbst die Mühe, Informationen der Leistungserbringung des SUS und der PKV-Unternehmen zu analysieren und danach eine Abrechnung zu erstellen und an das Unternehmen zu senden. Das alles geschieht durch ein Verwaltungsverfahren, wobei das Unternehmen das Ergebnis bis zum Ende angreifen und danach noch klagen kann. Für die Verwaltung dürfte der Aufwand unverhältnismäßig und kaum mit einem Ertrag verbunden sein. Es könnte stattdessen gesetzlich bestimmt werden, dass die privaten Leistungserbringer die Abrechnung direkt an die PKV senden. Ferner könnte bestimmt werden, dass die Aufsichtsbehörde diese Informationen zwar erhält, aber nur die Aufsicht ausübt und im Falle von Rechtswidrigkeit oder ausstehender Bezahlung die Unternehmen finanziell bestraft. Ferner könnte die Subsidiarität der PKV begründet werden. In Notfällen könnte der öffentliche Leistungserbringer die Behandlung durchführen und die Abrechnung dann an die PKV schicken. Defizite des SUS könnten nur dadurch beseitigt werden, dass er gestärkt und besser organisiert wird. Zudem müsste darauf hingearbeitet werden, dass private und soziale Sicherung unterschiedlich behandelt werden können und sich durch diese Unterschiede wechselseitig ergänzen können.

3.

Die Berührungspunkte der GKV mit dem privaten Sektor und mit dem Einzelnen werden auch zur Schaffung von Anreizen gebraucht. Die Begründung für die Erhöhung der Versicherungspflichtgrenzen ist regelmäßig eine Stärkung der solidarischen Finanzierung. Bei der Senkung dieser Grenzen durch die Aufhebung der Dreijahresfrist in Deutschland war das Ziel, die Konkurrenz zwischen PKV und GKV zu stärken. Auf der Ebene des Versicherten gibt es das Beispiel der Wahltarife, die auch durch finanzielle Anreize versuchen, das Verhalten der Individuen zu ändern. Beispielweise gibt es den Wahltarif Selbstbehalt, der die

Schärfung des Kostenbewusstseins des Versicherten bezweckt. Es gibt also einen Anreiz zugunsten eines gesünderen Lebensstils. Natürlich kann eine Erhöhung oder Senkung der Versicherungspflichtgrenzen Änderungen der politischen Mehrheit als Hintergrund haben. Instrumente wie die Wahltarife können selbstverständlich infolge der Unvorhersehbarkeit des Eintretens zukünftiger Krankheiten je nach Gestaltung zu einer größeren Belastung der Versicherten führen. Hier ist eine Schattenseite zu erkennen. Möglicherweise werden nicht alle Absichten offen zum Ausdruck gebracht. Dennoch verbleibt durch solche Instrumente die Möglichkeit, Anreize für die Krankenkassen und für die Individuen zu schaffen.

Solche Möglichkeiten habe ich im *SUS* nicht gefunden. Es gibt wenige Anknüpfungspunkte zur Koordinierung mit der PKV. Im Versorgungssystem lässt die Möglichkeit, Anreize zu schaffen wieder schrittweise nach, was entsprechend zu einem graduellen Wirkungsverlust der Versorgung führt. Die unter dem Begriff *Gesellschaftsvertrag* zusammengefassten Umstände haben auch ihre Schattenseite. Die Zugehörigkeit zur Gesellschaft, die Gesellschaft selbst zu betonen führt dazu, dass dem Individuum je nach Grad des Versorgungscharakters Spielraum genommen wird. Das führt zu Konsequenzen in der Versorgung selbst, weil das Individuum und die Leistungserbringer spüren, dass das Ergebnis unabhängig von ihrem jeweiligen Verhalten oder Lebensstil gleich ist. Dennoch bleibt das Versorgungssystem die Gestaltungsform mit höherer Inklusion. Spekulativ könnte dann die Hypothese lauten, dass in einem kommunistischen System mit (im Idealfall) der kompletten Verstaatlichung des gesellschaftlichen Lebens der individuelle Anreiz fast verschwindet und sogar die Frage nach der Finanzierungsmodalität irrelevant wird.

4.

Weniger offensichtlich ist, wie die Probleme gelöst werden können. Die Formen der Absicherung haben Eigenschaften, die sie charakterisieren, und es gibt jeweils Organisationformen, die besser mit ihnen harmonieren. Damit der Wirkungsgrad dieser Absicherungsformen verbessert wird und damit sie ihre Ziele auf Dauer erfüllen können, sollte man diese Eigenschaften und Organisationsformen beachten. Als zuvor unterschiedliche Typologien der Versicherungsformen dargestellt wurden, ließ sich feststellen, dass in Deutschland z.B. Versorgungs- und Versicherungstendenzen der GKV zu erkennen sind und kontinuierlich fortentwickelt werden. Als die Finanzierungsmodalitäten dargestellt wurden, hat sich gezeigt, dass in Deutschland z. B. steuerliche Tendenzen innerhalb der (Sozial-) Beitragsfinanzierung erkennbar sind. Selbst die Bundeszuschüsse, die wegen des steuerlichen Ursprungs der Sozialversicherung eine Versorgungstendenz

hinzufügen, erfolgen zur Aufrechterhaltung des Versicherungsprinzips. Auch die Übertragung von Prinzipien der GKV auf die PKV z. B. durch den Basistarif erfolgt auf kalkulierbare Weise. In der Untersuchung des Abschnitts „F.I“ wurde klar, dass die Tragweite des Tarifes geplant und abgeschätzt wurde. Es wurde auf den Erfahrungen mit dem vorherigen Standardtarif aufgebaut. Die Einführung des Basistarifes hängt mit der Schaffung eines Risikostrukturausgleiches zusammen. Einerseits unterstreicht der Risikostrukturausgleich, dass der Basistarif eine Übertragung von Prinzipien der GKV darstellt. Andererseits sorgt dieses Instrument dafür, dass die Prinzipien der PKV erhalten bleiben. Für beide Feststellungen gilt, dass ohne den Risikostrukturausgleich der Wettbewerb zwischen den Unternehmen beeinflusst oder sogar untergraben würde. Andererseits wird auch beachtet, dass die Übertragung von Prinzipien der PKV auf die GKV Konsequenzen auf der Organisationsebene hat. Es wurde z. B. hervorgehoben, dass die Einführung des Wahltarifes *Selbstbehalt* in der GKV damit zusammenhängt, dass es im Sachleistungssystem ein individuelles Versichertenkonto gibt.

Der oben dargestellte Kontext verlangt eine Kenntnis der Gestaltungsformen der sozialen Sicherung, ihrer Vorteile und Nachteile, sowie der entsprechenden Anforderungen an Verfahren und Organisation. Er erfordert weiter einen Plan für die notwendigen Maßnahmen, Ergänzungen und Korrekturen und die Kontrolle der Ergebnisse.

(Sozial-)Versicherungstendenzen des SUS werden, soweit ersichtlich, nicht wahrgenommen und konsequent nicht berücksichtigt. Darauf weist die Problematik der dominanten privaten Leistungserbringung und der Erstattung hin. Die *Selbstverwaltung* drückt in der deutschen GKV die Verselbständigung der sozialen Sicherung aus und wird gemeinsam durch Ärzte, Zahnärzte, Psychotherapeuten, Krankenhäuser und Krankenkassen ausgeübt. Eine ähnliche Idee findet sich im SUS mit der „Teilnahme der Gesellschaft“. Der Gesundheitssausschuss jeder Regierungsebene hat die Zuständigkeit, Strategien zu formulieren und die Durchführung der Gesundheitspolitik zu kontrollieren. Er besteht aus Vertretern der Regierung, der Leistungserbringer, der Gesundheitsberufe und der Nutzer des Gesundheitssystems. Dies dürfte ein Ausdruck des Verlangens nach Verselbständigung der sozialen Sicherung sein. Abgeschwächt wird dies aber wie gesehen durch die Finanzierungsgrundlage. Außerdem sollte man in Betracht ziehen, dass die Gestaltung der Gesundheitsversorgung auch durch die Kommissionen der Verwalter des SUS verwirklicht

wird. Auf der Ebene des Bundes ist die Verwaltung der drei Regierungsebenen vertreten, auf der Ebene der Bundesländer die Verwaltung von Bundesland und Gemeinden.⁸⁸⁰

Angesichts dessen kann man zudem konstatieren, dass der SUS ein Mehrebenensystem mit vielen Entscheidungsinstanzen darstellt. Hintergrund dafür sind insbesondere die Prinzipien der Dezentralisierung, Regionalisierung und der Hierarchisierung. Vergleicht man dies mit der Darstellung der Typologie eines Versorgungssystems, besteht dann Unsicherheit. Denn erster weist darauf hin, dass die Struktur im Vergleich mit dem (Sozial-) Versicherungssystem eher einheitlich ist, was die Durchsetzung von Vorhaben erleichtert. Die Verteilung von Kompetenzen scheint komplizierter als die typologische Darstellung nahelegt. Hier lässt sich eine gewisse in Richtung eines (Sozial-) Versicherungssystems beobachten. Die Ausdehnung der Verantwortung der PKV in Brasilien durch die Justiz⁸⁸¹ bewirkt andererseits tendenziell, dass sich die PKV im Laufe der Zeit der (Sozial-)Versicherung annähert. Im Detail ist dies jedoch schwer zu beurteilen, da keine Informationen über Auswirkungen und Tragweite vorliegen.

Dies sind alles Aspekte, die – soweit ersichtlich – nicht wahrgenommen werden. Vergleicht man die Behandlung von Sozialbeiträgen in der Vergangenheit (vor 1988) mit ihrer Behandlung heute, und betrachtet man zudem die Behandlung der Steuer, ist vielleicht insofern eine Verbesserung der Lage festzustellen, als eine Formalisierung stattfindet. Die Aufhebung der Zweckbindung von Sozialbeiträgen und die Zweckbindung der Steuern sind gesetzlich geregelt. Die Unstimmigkeit im Hintergrund bleibt aber bestehen. Mit dieser Herangehensweise konnte Brasilien in der Vergangenheit und könnte auch heute im Falle einer Sozialrankenversicherung die Anreize für die Individuen nicht steuern und auch keine Koordination oder gar Synergie mit der PKV erreichen.⁸⁸² Sofern sich nichts ändert, wird Brasilien das auch in der Zukunft nicht schaffen. Schon für die Finanzierung des SUS hat diese Herangehensweise insofern Schwierigkeiten gebracht, als infolgedessen ein großer Widerstand gegen die Erhebung eines Sozialbeitrags entstanden ist.⁸⁸³

Vor diesem Hintergrund lässt sich feststellen, dass in Brasilien die Lösungsansätze tendenziell zu undifferenziert sind. Beiträge werden als Steuern behandelt und dann Steuern wieder als Beiträge. Ähnliches lässt sich bei der „Verhältnismäßigkeitsprüfung ohne

⁸⁸⁰ Dazu Abschnitt C.II.2

⁸⁸¹ Abschnitt F.II.4

⁸⁸² Vor 1988 hatte Brasilien eine Sozialrankenversicherung, 1988 gestaltete Brasilien ein Versorgungssystem. Hätte Brasilien aktuell eine Sozialrankenversicherung, würden diese Mechanismen nicht genutzt werden können.

⁸⁸³ Charakteristisch für die steuerfinanzierten Versorgungssysteme wäre die Flexibilität in Hinsicht auf die Mittelaufbringung. Größere und bleibende Unstimmigkeiten dürften aber noch im Versorgungssystem Folgen haben.

Prüfungsschema“ beobachten. Die Verhältnismäßigkeit wird undifferenziert neben einem anderen Begriff eingesetzt und ohne weitere Vertiefung angewandt. Die Verhältnismäßigkeit wird als ein weiteres Argument eingesetzt, und nicht als umfassendes Prüfungsschema, durch das die Justiz staatlichen Eingriffen in unterschiedlichen Stufen Grenzen setzt. Obwohl sich die Entscheidung des brasilianischen Obersten Bundesgerichtshofes im Jahr 2003 nur mit dem Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz befasst hat und deswegen keine vertiefte Prüfung vorliegt, lässt sich doch erkennen, dass das Problem der defizitären PKV auf Einzelfallentscheidungen verwiesen wurde. Das Gericht schützt zwar „wohlerworbene Rechte“ und „bestehende Verträge“⁸⁸⁴ der Unternehmen. Die konkreten Streitigkeiten bezüglich der alten Verträge sollen möglicherweise aber in den Anwendungsbereich anderer Regelungen wie des brasilianischen Verbraucherschutzgesetzbuches fallen.⁸⁸⁵ Ich möchte nicht beurteilen, ob die Strategie falsch war, meine aber, dass dieses Vorgehen eine Form der Problemlösung darstellt, die es versäumt, Strukturen und Verfahren zu schaffen. Hingegen könnte man einwenden, dass die Judikative für die Schaffung von Struktur und Verfahren nicht geeignet sei. Gemeint hier ist aber vielmehr, dass dies auch zeigt, dass Politik und Gesellschaft in diesem Bereich schon vorher versagt haben: mit einer Lösung der Probleme weitgehend ohne Kenntnis, tendenziell ohne Plan und fast ohne Kontrolle.

⁸⁸⁴ Zu den Begriffen „wohlerworbene Rechte“ und „Schutz bestehender Verträge“ siehe Fn. 830.

⁸⁸⁵ Abschnitt F.II.4

Literaturverzeichnis

- Alber, Jens*, Vom Armenhaus zum Wohlfahrtsstaat: Analysen zur Entwicklung der Sozialversicherung in Westeuropa, Frankfurt a. Main 1982 (zitiert: *Alber*, Vom Armenhaus zum Wohlfahrtsstaat).
- Alves, Danielle Conte/Bahia, Ligia/Barroso, André Feijó*, O papel da justiça nos planos e seguros de saúde no Brasil, *Cad. Saúde Pública*, 25 (2), Feb., 2009, S. 279-290 (zitiert: *Alves/Bahia/Barroso*, *Cad. Saúde Pública*, 25 (2), Feb., 2009, 279).
- ANS*, Beneficiários de planos privados de saúde, por cobertura assistencial (Brasil - 2006-2016), abrufbar unter: <<http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-gerais>>, Zugriff am 28. 01. 2017.
- ANS*, Manual da Sala de Situação da ANS: Conceitos e Fontes de Dados, Mai 2016, abrufbar unter: <http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Perfil_setor/Dados_e_indicadores_do_setor/Manual-Sala-de-Situacao.pdf>, Zugriff am 10. 06. 16.
- Bach, Peter/Moser, Hans*, Private Krankenversicherung, München 1984 (zitiert: *Bach/Moser*, Private Krankenversicherung).
- Bannenberg, Uwe*, Gesetzliche Krankenversicherung, in: *Nagel, Eckhard* (Hrsg.), Das Gesundheitswesen in Deutschland: Struktur, Leistungen, Weiterentwicklung, 5. Auflage, Köln, 2013, S. 61- 98 (zitiert: *Bannenberg*, in: *Nagel*, Gesetzliche Krankenversicherung).
- Barbosa, Jeferson Ferreira*, Direito à Saúde e Solidariedade na Constituição Brasileira, Porto Alegre 2014 (zitiert: *Barbosa*, Direito à Saúde e Solidariedade).
- Batista Júnior, Francisco*, Audiência Pública Saúde, Responsabilidade dos Entes da Federação e Financiamento do SUS, Supremo Tribunal Federal, 28 abr. 2009, abrufbar unter: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Francisco_Batista_Junior_Presidente_do_Conselho_Nacional_de_Saude_.pdf>, Zugriff am 04. 12. 2015. (zitiert: *Batista Júnior*, Audiência Pública Saúde).
- Becker, Ulrich/Kingreen, Thorsten* [Hrsg.], SGB V: Gesetzliche Krankenversicherung Kommentar, 5. Auflage, München 2017. (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Becker/Kingreen*, SGB V).
- Becker, Ulrich/Kingreen, Thorsten*, Einführung, in: ders. SGB V: Recht des öffentlichen Gesundheitswesens, 18. Auflage, München, 2014 (zitiert: *Becker/Kingreen*, Einführung, in: SGB V).
- Becker, Ulrich/Schweitzer, Heike*, Gutachten, in: Verhandlungen des 69. Deutschen Juristentages, Band I, Gutachten, Teil B, München 2012 (zitiert: *Becker/Schweitzer*, Gutachten, 69. Juristentag).
- Beseler, Dora von/Jacobs-Wüstefeld, Barbara*, Law Dictionary: Fachwörterbuch d. angloamerikan. Rechtssprache einschl. wirtschaftl. u. polit. Begriffe, 4. Auflage, Berlin 1986.
- Bornhofen, Manfred/Bornhofen, Martin C.*, Steuerlehre 1 Rechtslage 2014, 35. Auflage, Wiesbaden 2014. (zitiert: *Bornhofen/Bornhofen*, Steuerlehre).

- Brasilien*, Ministério da Saúde, Secretaria Executiva, Sistema Único de Saúde (SUS): descentralização, Brasília, 2000, abrufbar unter: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/sus_descentralizacao.pdf>, Zugriff am 19. 11. 2015.
- Brasilien*, Câmara dos Deputados, Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira, Núcleo da Saúde, Financiamento da Saúde: Brasil e outros Países com Cobertura Universal, Nota Técnica Nr. 12, de 2013 – CONOF/CD, abrufbar unter: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/orcamentobrasil/estudos/2013/NTn12de2013FinanciamentodaSaudeBrasileOutrosPasesV.Prel..pdf>>, Zugriff am 23. 09. 2016 (zitiert: *Brasilien*, Financiamento da Saúde: Brasil e outros Países com Cobertura Universal, Nota Técnica Nr. 12, de 2013).
- Buchner*, Reimer, Referat, in: Verhandlungen des 69. Deutschen Juristentages, Band II/1 Sitzungsberichte, Referate und Beschlüsse, München 2012 (zitiert: *Buchner*, Referat, 69. Juristentag).
- Bugg*, Stuart G./*Simon*, Heike, Langenscheidt Alpmann Fachwörterbuch Kompakt Recht Englisch, 2. Auflage, Berlin 2009.
- Butzer*, Hermann, Bundesverfassungsgericht und duales Krankenversicherungssystem, MedR 28 (2010), S. 283-290, (zitiert: *Butzer*, MedR 28 (2010), 283).
- Carlini*, Angélica, Judicialização da Saúde pública e privada, Porto Alegre 2014 (zitiert: *Carlini*, Judicialização da Saúde pública e privada).
- Castles*, Francis G. The institutional design of the Australian Welfare State, in: International Social Security Review, Vol. 50, 2/1997, S. 25-41 (zitiert: *Castles*, International Social Security Review, vol. 50, 2/1997, 25).
- Christoffersen*, Henrik, Social policy in Denmark, in: *Mullard*, Maurice/*Lee*, Simon, The Politics of Social Policy in Europe, Cheltenham, UK 1997, S. 170-187 (zitiert: *Christoffersen*, in: *Mullard/Lee*, Social policy in Denmark).
- Coelho*, Isabel Teresa Pinto, Universalidade, equidade e integralidade de direitos: políticas públicas de saúde no Brasil do século XXI, Dissertação (Mestrado), Rio de Janeiro, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2011, abrufbar unter: <http://www.bdt.d.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=5651>, Zugriff am 23. 11. 2015 (zitiert: *Coelho*, Universalidade, equidade e integralidade).
- Cohn*, Amélia/*Elias*, Paulo E. Saúde no Brasil: políticas e organização de serviços, 6. Auflage, São Paulo, 2005 (zitiert: *Cohn/Elias*, Saúde no Brasil).
- Costa*, Karen Sarmiento/*Francisco*, Priscila Maria Stolses Bergamo/*Barros*, Marilisa Berti de Azevedo, Utilização e fontes de obtenção de medicamentos: um estudo de base populacional no Município de Campinas, São Paulo, Brasil, in: Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, 32(1), Jan. 2016, S. 1-12, abrufbar unter: <<http://dx.doi.org/10.1590/0102-311X00067814>>, Zugriff am 07. 01. 2017 (zitiert: *Costa/Francisco/Barros*, Cad. Saúde Pública, 32(1), Jan. 2016, 1).
- Creifelds*, Carl/*Weber*, Klaus, Rechtswörterbuch, 20. Auflage, München 2011 (zitiert: *Creifelds/Weber*, Rechtswörterbuch).
- Dahrendorf*, Ralf, Citizenship and social class, in: Bulmer, Martin/Rees, Anthony M., Citizenship today: the contemporary relevance of T. H. Marshall, London 1996, S. 25-48 (zitiert: *Dahrendorf*, in: Bulmer/Rees, Citizenship and social class).

- Deutsche Krankenhausgesellschaft (DKG), Aufgaben und Ziele, Deutsche Krankenhausgesellschaft e.V., 2016, abrufbar unter: <<http://www.dkg-ev.de/dkg.php/cat/23/aid/2/title/>>, Zugriff am 22. 01. 2016.*
- Deutschland in Zahlen, Tabelle: Arbeitslosenquote (alle zivilen Erwerbspersonen) - in Prozent, abrufbar unter: <<http://www.deutschlandinzahlen.de/tab/deutschland/arbeitsmarkt/arbeitslosigkeit/arbeitslosenquote-alle-zivilen-erwerbspersonen>>, Zugriff am 28. 01. 2017.*
- Deutschland in Zahlen, Tabelle: Bruttoinlandsprodukt nominal - in Mrd. Euro, abrufbar unter: <<http://www.deutschlandinzahlen.de/tab/deutschland/volkswirtschaft/bruttoinlandsprodukt/bruttoinlandsprodukt-nominal>>, Zugriff am 28. 01. 2017.*
- Deutschland in Zahlen, Tabelle: Versicherte in der Privaten Krankenversicherung - in Mio., abrufbar unter: <<http://www.deutschlandinzahlen.de/tab/deutschland/soziales/private-krankenversicherung-pkv/versicherte-in-der-privaten-krankenversicherung>>, Zugriff am 28. 01. 2017.*
- Deutschland in Zahlen. Tabelle: Bevölkerung nach Altersklassen (Deutschland) - in 1.000, abrufbar unter: <<http://www.deutschlandinzahlen.de/tab/deutschland/demografie/bevoelkerung-nach-altersklassen-deutschland>>, zugriff am 28.01.2017.*
- Dietel, Clara Erika/Lorenz, Egon, Wörterbuch Recht, Wirtschaft & Politik, Band 1, Englisch-Deutsch, 7. Auflage München 2016.*
- Dourado, Daniel de Araujo/Elias, Paulo Eduardo Mangeon, Regionalização e dinâmica política do federalismo sanitário brasileiro, Rev Saúde Pública, Vol. 45, N. 1, 2011, S. 204-211, abrufbar unter: <<http://www.scielo.br/pdf/rsp/v45n1/1944.pdf>>, Zugriff am 07. 12. 2015 (zitiert: *Dourado/Elias*, Rev Saúde Pública, Vol. 45, N. 1, 2011, 204).*
- Eichenhofer, Eberhard/Wenner, Ulrich [Hrsg.], Kommentar zum Sozialgesetzbuch V. 2. Auflage, Köln 2016, Bearbeitungsdatum: August 2015 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Eichenhofer/Wenner, SGB V).*
- Esmeraldi, Renata Maria Gil da Silva Lopes/Lopes, José Fernando da Silva, Planos de Saúde no Brasil: Doutrina e Jurisprudência, 2. Auflage, São Paulo 2015 (zitiert: *Esmeraldi/Lopes*, Planos de Saúde no Brasil).*
- Esping-Andersen, Gøsta, The Three Worlds of welfare Capitalism, Cambridge 1990 (zitiert: *Esping-Andersen*, The Three Worlds of Welfare Capitalism).*
- Faleiros, Vicente de Paula/Silva, Jacinta de Fátima Senna/Vasconcellos, Luiz Carlos Fadel de/unter andere, A Construção do SUS: histórias da Reforma Sanitária e do Processo Participativo, Brasília 2006, abrufbar unter: <<http://sms.sp.bvs.br/lildbi/docsonline/get.php?id=5444>>, Zugriff am 21. 12. 2015 (zitiert: *Faleiros/Silva/Vasconcellos*, histórias da Reforma Sanitária e do Processo Participativo).*
- Farny, Dieter, Versicherungsbetriebslehre, Karlsruhe, 2011 (zitiert: *Farny*, Versicherungsbetriebslehre).*
- Fehrenbacher, Oliver, Steuerrecht, 5. Auflage, Baden-Baden 2015 (zitiert: *Fehrenbacher*, Steuerrecht).*
- Figueiredo, Leonardo Vizeu, Curso de Direito de Saúde Suplementar: Manual Jurídico de Planos e Seguros de Saúde, 2. Ed. Rio de Janeiro, 2012 (zitiert: *Figueiredo*, Curso de Direito de Saúde Suplementar).*

- Figueiredo*, Mariana Filchtner, O Sistema Único de Saúde e o Princípio da Sustentabilidade: Interconexões e Perspectivas acerca da Proteção Constitucional da Saúde, Tese de Doutorado, Porto Alegre, PUCRS, 2013 (zitiert: *Figueiredo*, O Sistema Único de Saúde).
- Gadelha*, Carlos Augusto Graboys/*Machado*, Cristiani Vieira/*Lima*, Luciana Dias de; unter andere, Saúde e territorialização na perspectiva do desenvolvimento, *Ciência & Saúde Coletiva*, Vol. 16, N. 6, 2011, S. 3003-3016, abrufbar unter: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v16n6/38.pdf>>, Zugriff am 04. 12. 2015 (zitiert: *Gadelha/Machado/Lima*, *Ciência & Saúde Coletiva*, Vol. 16, N. 6, 2011, 3003).
- Gaßner*, Maximilian/*Strömer*, Jens M., Die Arzthaftung bei der Behandlung gesetzlich krankenversicherter Patienten, *MedR* 30 (2012), S. 159-169, (zitiert: *Gaßner/Strömer*, *MedR* 30 (2012), 159).
- GKV-Spitzenverband*, Grafik, Anzahl der Krankenkassen im Zeitablauf – Konzentrationsprozess durch Fusionen (Angaben zum Stichtag 1.1), abrufbar unter: <https://www.gkv-spitzenverband.de/media/grafiken/krankenkassen/Grafik_Anzahl_Krankenkassen_2015_300dpi.jpg>, Zugriff am 22. 01. 2016.
- Gondim*, Roberta/*Bomfim*, Regina Lúcia Dodds/*Gragois*, Victor, unter andere, Organização da atenção, in: ders. Qualificação de Gestores do SUS, EAD/ENSP/Fiocruz/MS, 2011. S. 93 – 120, abrufbar unter: <http://www5.ensp.fiocruz.br/biblioteca/dados/txt_22906927.pdf>, Zugriff am 11. 12. 2015 (zitiert: *Gondim/Bomfim/Gragois*, in: ders. Organização da atenção).
- Graboys*, Victor, Gestão do Cuidado, in: *Gondim*, Roberta/*Bomfim*, Regina Lúcia Dodds/*Gragois*, Victor; unter andere, Qualificação de Gestores do SUS, EAD/ENSP/Fiocruz/MS, 2011, S. 153 – 190, abrufbar unter: <http://www5.ensp.fiocruz.br/biblioteca/dados/txt_320215091.pdf>, Zugriff am 11. 12. 2015 (zitiert: *Graboys*, in: *Gondim/Bomfim/Gragois*, Gestão do Cuidado).
- Graser*, Alexander, Die Familie im Gefüge der Solidargemeinschaften – Ein Ansatz soziologisch orientierter Rechtsvergleichung, In: Becker, Ulrich (Hrsg.), *Rechtsdogmatik und Rechtsvergleich im Sozialrecht*, Baden-Baden 2010, S. 373-391 (zitiert: *Graser*, In: Becker, Die Familie im Gefüge der Solidargemeinschaften – Ein Ansatz soziologisch orientierter Rechtsvergleichung).
- Graser*, Alexander, Equality-Oriented Policies: A New Concept in Public Policy? Social Science Research Network, 18. Februar 2013, S. 1- 21, abrufbar unter: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2220289>>, Zugriff am 27. 06. 2014 (zitiert: *Graser*, Social Science Research Network, 18. Februar 2013, 1).
- Grinover*, Ada Pellegrini, As Garantias Constitucionais do Direito de Ação, São Paulo 1973, S. 35, zitiert von Klageschrift zur ADI 1931, abrufbar unter der Datenbank des STF: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>>, Zugriff am 15. 11. 2016, Rn. 42.
- Hänlein*, Andreas/*Schuler*, Rolf [Hrsg.], Sozialgesetzbuch V, Gesetzliche Krankenversicherung Lehr- und Praxiskommentar, 5. Auflage, Baden-Baden 2016 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Hänlein/Schuler*, SGB V).
- Hase*, Friedhelm, Die Organisation der GKV: Versicherte, Träger, und Finanzierung, in: Ebsen, Ingwer (Hrsg.), *Handbuch Gesundheitsrecht*, Bern, 2015, S. 27- 43 (zitiert: *Hase*, in: Ebsen, Die Organisation der GKV: Versicherte, Träger, und Finanzierung).

- Henke, Klaus-Dirk*, Zur Rolle des Versicherungsprinzips in der gesetzlichen Krankenversicherung, in: Schmähl, Winfried (Hrsg.), Versicherungsprinzip und soziale Sicherung, Tübingen 1985, S. 55-75 (zitiert: *Henke*, in: Schmähl, Zur Rolle des Versicherungsprinzips in der gesetzlichen Krankenversicherung).
- Ho, Charles*, Recepção da Internação Hospitalar na Modalidade „Diferença de Classe“ pelo STF, Monographie, São Paulo, Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), 2005, abrufbar unter: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/56_Charles%20Ho.pdf>, Zugriff am 06. 03. 2014.
- IBGE*, Brasil em síntese, distribuição da população por grandes grupos de idade, abrufbar unter: <<http://brasilemsintese.ibge.gov.br/populacao/distribuicao-da-populacao-por-grandes-grupos-de-idade.html>>, Zugriff am 28. 01. 2017.
- IBGE*, Brasil em síntese, PIB - valores correntes, Abrufbar unter: <<http://brasilemsintese.ibge.gov.br/contas-nacionais/pib-valores-correntes.html>>, Zugriff am 28. 01. 2017.
- IBGE*, Brasil em síntese, taxa de desocupação, abrufbar unter: <<http://brasilemsintese.ibge.gov.br/trabalho/taxa-de-desocupacao.html>>, Zugriff am 28. 01. 2017.
- IBGE*, Brasil em síntese, território, abrufbar unter: <<http://brasilemsintese.ibge.gov.br/territorio.html>>, Zugriff am 28. 01. 2017.
- IBGE*, Censos Demográficos: Resultados divulgados no Diário Oficial da União em 04. 11. 2010, abrufbar unter: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/resultados_dou/default_resultados_dou.shtm>, Zugriff am 28. 01. 2017.
- IBGE*, Estimativas da População Residente nos Municípios Brasileiros com Data de Referência em 1º de Julho de 2016, abrufbar unter: <servicodados.ibge.gov.br/Download/Download.ashx?u=ftp.ibge.gov.br/Estimativas_de_Populacao/Estimativas_2016/estimativa_dou_2016_20160913.xlsx>, Zugriff am 28. 01. 2017.
- IBGE*, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua, Juli bis September 2016, abrufbar unter: <[ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Nacional_por_Amostra_de_Domicilios_continua/Trimestral/Tabelas/pnadc_201603_tabelas_brasil.zip](http://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Nacional_por_Amostra_de_Domicilios_continua/Trimestral/Tabelas/pnadc_201603_tabelas_brasil.zip)>, Zugriff am 28. 01. 2017.
- IBGE*. Brasil em síntese, taxas de fecundidade total, abrufbar unter: <<http://brasilemsintese.ibge.gov.br/populacao/taxas-de-fecundidade-total.html>>, Zugriff am 28. 01. 2017.
- Jönsson, Bengt/Musgrove, Philip*, Government Financing of Health Care, in: Schieber, George J. Innovations in Health Care Financing: Proceedings of a World Bank Conference, March 10-11, 1997, Washington, D. C. 1997, S. 56-86, abrufbar unter: <<http://elibrary.worldbank.org/doi/pdf/10.1596/0-8213-3964-8>>, Zugriff am 23. 02. 2016 (zitiert: *Jönsson/Musgrove*, in: Schieber, Government Financing of Health Care).
- Jorge, Elias Antônio/Mesquita, Ana Cleusa Serra/Miranda, Jomar*, Reflexões Preliminares sobre o impacto da Reforma Tributária no financiamento da Seguridade Social e especificamente da Saúde (versão 2), Brasília 2008, abrufbar unter: <http://cebes.org.br/site/wp-content/uploads/2014/03/08_27_Reflexoes-preliminares-

- sobre-o-impacto-da-Reforma-Tributaria.pdf>, Zugriff am 26. 09. 2016 (zitiert: *Jorge/Mesquita/Miranda*, Impacto da Reforma Tributária no financiamento da Seguridade Social e especificamente da Saúde).
- Kingreen*, Thorsten, Referat, in: Verhandlungen des 69. Deutschen Juristentages, Band II/1 Sitzungsberichte, Referate und Beschlüsse, München 2012 (zitiert: *Kingreen*, Referat, 69. Juristentag).
- Kuschnir*, Rosana/*Lima*, Luciana Dias de/*Batista*, Tatiana Vargas de Faria; unter andere, Configuração da rede regionalizada e hierarquizada de atenção à saúde no âmbito do SUS, in: *Gondim*, Roberta/*Bomfim*, Regina Lúcia Dodds/*Gragois*, Victor; unter andere, Qualificação de Gestores do SUS, EAD/ENSP/Fiocruz/MS, 2011, S. 121 – 151, abrufbar unter: <http://www5.ensp.fiocruz.br/biblioteca/dados/txt_484701327.pdf>, Zugriff am 11. 12. 2015 (zitiert: *Kuschnir/Lima/Batista*, in: *Gondim/Bomfim/Gragois*, Configuração da rede regionalizada e hierarquizada de atenção à saúde no âmbito do SUS).
- KZBV*, Kassenzahnärztliche Bundesvereinigung, Aufgaben der KZBV, abrufbar unter: <<http://www.kzbv.de/aufgaben.353.de.html>>, Zugriff am 22. 01. 2016.
- Lassner*, Heribert, Lexikon Sozialrecht, Frankfurt am Main 2002 (zitiert: *Lassner*, Lexikon Sozialrecht).
- Lima*, Luiz Sávio Aguiar, O Sistema de Defesa do Consumidor e o Tratamento dado aos Contratos de Plano de Saúde pelo Superior Tribunal de Justiça, Dissertação de Mestrado, Fortaleza: Universidade de Fortaleza 2015, abrufbar unter: <<https://uolp.unifor.br/oul/conteudosite/F10663420160216085440653216/Dissertacao.pdf>>, Zugriff am 07. 11. 2016 (zitiert: *Lima*, Tratamento dado aos Contratos de Plano de Saúde pelo Superior Tribunal de Justiça).
- Looschelders*, Dirk, Bewältigung des Zufalls durch Versicherung? VersR 1996, 529 (zitiert: *Looschelders*, VersR 1996, 529).
- Marinoni*, Luiz Guilherme, Controle de Constitucionalidade, in: Sarlet, Ingo Wolfgang/*Marinoni*, Luiz Guilherme/*Mitidiero*, Daniel, Curso de Direito Constitucional, 3. Auflage, São Paulo 2014, S. 829-1340 (zitiert: *Marinoni*, in: Sarlet/*Marinoni*/*Mitidiero*, Controle de Constitucionalidade).
- Mendes*, Karyna Rocha, Curso de Direito da Saúde, São Paulo 2013 (zitiert: *Mendes*, Curso de Direito da Saúde).
- Neubauer*, Günter, Staatlicher Interventionismus versus wettbewerbliche Selbststeuerung, Ein neuer Ansatz zur Steuerung der Gesundheitsversorgung in Deutschland, in: Behrens, Johann/*Braun*, Bernard/*Morone*, James/*Stone*, Deborah (Hrsg.), Gesundheitssystementwicklung in den USA und Deutschland: Wettbewerb und Markt als Ordnungselemente im Gesundheitswesen auf dem Prüfstand des Systemvergleichs, Baden-Baden 1996, S. 89-99, (zitiert: *Neubauer*, in: Behrens/*Braun*/*Morone*/*Stone*, Staatlicher Interventionismus versus wettbewerbliche Selbststeuerung).
- Offe*, Claus, Akzeptanz und Legitimität strategischer Optionen in der Sozialpolitik, in: Sachße, Christoph/*Engelhardt*, H. Tristram (Hrsg.), Sicherheit und Freiheit: zur Ethik des Wohlfahrtsstaates, Frankfurt am Main, 1990, S. 179-202 (zitiert: *Offe*, in: Sachße/*Engelhardt*, Akzeptanz und Legitimität strategischer Optionen in der Sozialpolitik).
- Paulsen*, Leandro, Curso de Direito Tributário, 7. Auflage, Porto Alegre 2015 (zitiert: *Paulsen*, Curso de Direito Tributário).

- Piola, Sérgio F./ Paiva, Andrea Barreto de/Sá, Edvaldo Batista/unter andere, Financiamento Público da Saúde: uma história à procura de rumo, Texto para Discussão, Brasília, 2013, abrufbar unter: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/1580/1/TD_1846.pdf>, Zugriff am 08. 02. 2017.*
- Quaas, Michael/Zuck, Rüdiger/Clemens, Thomas, Medizinrecht, 3. Auflage, München, 2014, (zitiert: Bearbeiter, in: Quaas/Zuck, Medizinrecht).*
- Queisser, Monika, Privatisierung: Auf dem Weg zu einer individuelleren Wahl des Sozialschutzes, in: Scheil-Adlung, Xenia (Hrsg.), Gestaltung der sozialen Sicherheit: die Rolle der Privatisierung, Berlin 2001, S. 45-58 (zitiert: Queisser, in: Scheil-Adlung, Privatisierung: Auf dem Weg zu einer individuelleren Wahl des Sozialschutzes).*
- Reolon, Marcos Eduarte, Desvinculação e Desvio das receitas das Contribuições Sociais: Limites em Face do Finalismo, Tese de Doutorado, Florianópolis: UFSC, 2011, die Arbeit ist durch die Datenbank IBICT<<http://btdt.ibict.br/vufind/>> erhältlich (zitiert: Reolon, Desvinculação e Desvio das receitas das Contribuições Sociais).*
- Rheinstein, Max, Einführung in die Rechtsvergleichung, 2. Auflage, München, 1987 (zitiert: Rheinstein, Einführung in die Rechtsvergleichung).*
- Ritter, Gerhard A, Der Sozialstaat: Entstehung und Entwicklung im internationalen Vergleich, 3. Auflage, München 2010 (zitiert: Ritter, Der Sozialstaat).*
- Rixen, Stephan, Sozialrecht als öffentliches Wirtschaftsrecht: am Beispiel der gesetzlichen Krankenversicherung, Tübingen, 2005 (zitiert: Rixen, Sozialrecht als öffentliches Wirtschaftsrecht).*
- Sacardo, Daniele Pompei. As peculiaridades dos sistemas de saúde dos países membros do Mercosul: perspectivas para a integração regional, Tese de Doutorado, São Paulo, Universidade de São Paulo, 2009, abrufbar unter: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/6/6135/tde-13082009-134413/publico/DanieleSacardo.pdf>>, Zugriff am 01. 08. 2014 (zitiert: Sacardo, As peculiaridades dos sistemas de saúde dos países membros do Mercosul).*
- Sacco, Rodolfo, Einführung in die Rechtsvergleichung, 2. Auflage, Baden-Baden, 2011 (zitiert: Sacco, Einführung in die Rechtsvergleichung).*
- Santos, Lenir, SUS: contornos jurídicos da integralidade da atenção à saúde, abrufbar unter: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/integralidade.pdf>>, Zugriff am 23. 11. 2015 (zitiert: Santos, SUS: contornos jurídicos da integralidade da atenção à saúde).*
- São Paulo, Governo do Estado de São Paulo, Secretaria da Fazenda, Glossário de Termos de Finanças e de Orçamento Público, abrufbar unter: <<http://www.fazenda.sp.gov.br/contas1/glossario.shtm>>, Zugriff am 21.07.2015. Für den Begriff „Receita Corrente Líquida“ [netto laufenden Einnahmen].*
- Sarlet, Ingo Wolfgang, A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais, 10. Auflage, Porto Alegre 2009 (zitiert: Sarlet, A Eficácia dos Direitos Fundamentais).*
- Sarlet, Ingo Wolfgang, Direitos Fundamentais em Espécie, in: Sarlet, Ingo Wolfgang/Marinoni, Luiz Guilherme/Mitidiero, Daniel, Curso de Direito Constitucional, 3. Auflage, São Paulo, 2014, S. 363-701 (zitiert: Sarlet, in: Sarlet/Marinoni/Mitidiero, Direitos Fundamentais em Espécie).*

- Schäfer*, Frank L. Private Krankenversicherung, in: Igl, Gerhard/Welti, Felix (Hrsg.), Gesundheitsrecht: eine systematische Einführung, 2. Auflage, München, 2014, S. 177- 225 (zitiert: *Schäfer*, in: Igl/Welti, Private Krankenversicherung).
- Schölkopf*, Martin. Das Gesundheitswesen im internationalen Vergleich: Gesundheitssystemvergleich und die europäische Gesundheitspolitik, Berlin, 2010 (zitiert: *Schölkopf*, Das Gesundheitswesen im internationalen Vergleich).
- Seer*, Roman, Finanzverfassungsrechtliche Grundlagen der Steuerrechtsordnung (§ 2), in: Tipke, Klaus/Lang, Joachim, Steuerrecht, 22. Auflage, Köln 2015 (zitiert: *Seer*, in: Tipke, Finanzverfassungsrechtliche Grundlagen der Steuerrechtsordnung).
- Simon*, Michael. Das Gesundheitssystem in Deutschland: eine Einführung in Struktur und Funktionsweise, 4. Auflage, Bern 2013 (zitiert: *Simon*, Das Gesundheitssystem in Deutschland).
- Smigielski*, Edwin, Die Bedeutung des Versicherungsgedankens für die gesetzliche Krankenversicherung, in: Schmähl, Winfried (Hrsg.), Versicherungsprinzip und soziale Sicherung, Tübingen 1985, S. 76-88 (zitiert: *Smigielski*, in: Schmähl, Die Bedeutung des Versicherungsgedankens für die gesetzliche Krankenversicherung).
- Souza*, Renilson Rehem de, A regionalização no contexto atual das políticas de saúde, *Ciência & Saúde Coletiva*, Vol. 6, N. 2, 2001, S. 451- 455, abrufbar unter: <<http://www.scielo.br/pdf/%0D/csc/v6n2/7015.pdf>>, Zugang am 03. 12. 2015 (zitiert: *Souza*, *Ciência & Saúde Coletiva*, Vol. 6, N. 2, 2001, 451).
- Spahn*, P. Bernd/*Kaiser*, Helmut, Soziale Sicherheit als Öffentliches Gut? Zur Problematik der Steuerfinanzierung sozialer Sicherung, in: Rolf, Gabriele/Spahn, P. Bernd/Wagner, Gert (Hrsg.), Sozialvertrag und Sicherung: Zur ökonomischen Theorie staatlicher Versicherungs- und Umverteilungssysteme, Frankfurt am Main 1988, S. 195-218 (zitiert: *Spahn/Kaiser*, in: Rolf/Spahn /Wagner, Soziale Sicherheit als Öffentliches Gut?).
- Spickhoff*, Andreas [Hrsg.], Medizinrecht, 2. Auflage, München, 2014, (zitiert: Bearbeiter, in: Spickhoff, SGB V).
- Statistisches Bundesamt*, Geburten, abrufbar unter: <<https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Bevoelkerung/Geburten/Geburten.htm>>, Zugriff am 28. 01. 2017.
- Steiner*, Udo, Verfassungsfragen der dualen Krankenversicherung, Berlin, 2015, (zitiert: *Steiner*, Verfassungsfragen der dualen Krankenversicherung).
- STF*, Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit in Brasilien: Betrachtungen zur Verfassung von 1988, abrufbar unter: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalSTFAgenda_pt_br/anexo/palestra_berlim1.pdf >, Zugriff am 14. 10. 2014 (zitiert: *STF*, Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit in Brasilien: Betrachtungen zur Verfassung von 1988).
- STF*, Nachrichten, Freitag 21. März 2014, Ministro convoca audiência pública para debater "diferença de classe" em internação no SUS, abrufbar unter: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=263039&caixaBusca=N>>, Zugriff am 22. 04. 2014.
- Tipke*, Klaus, Die Steuerrechtsordnung, Band II, Köln 1993 (Zitiert: *Tipke*, Die Steuerrechtsordnung).

Töns, Hans, Solidarität als Aufgabenbegrenzung der gesetzlichen Krankenversicherung, Köln 1983 (zitiert: Töns, Solidarität als Aufgabenbegrenzung der gesetzlichen Krankenversicherung).

Trettel, Daniela Batalha, Planos de Saúde na Justiça: o direito à saúde está sendo efetivado? Estudo do posicionamento dos Tribunais Superiores na análise dos conflitos entre usuários e operadoras de planos de saúde, Dissertação de Mestrado, São Paulo: Universidade de São Paulo 2009, abrufbar unter: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-24112009-164837/publico/Daniela_Batalha_Trettel_Dissertacao.pdf>, Zugriff am 07. 11. 2016 (zitiert: Trettel, Planos de Saúde na Justiça).

Trevisan, Leonardo, Das pressões às ousadias: o confronto entre a descentralização tutelada e a gestão em rede no SUS, RAP, Vol. 41, N. 2, März/April 2007, S. 237-254, abrufbar unter: <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v41n2/04.pdf>>, Zugriff am 04. 12. 2015 (zitiert: Trevisan, RAP, Vol. 41, N. 2, März/April 2007, 237).

Verband der Privaten Krankenversicherung, Zahlenbericht der privaten Krankenversicherung 2014, Köln 2015, abrufbar unter: <<https://www.pkv.de/service/broschueren/daten-und-zahlen/zahlenbericht-2014.pdb.pdf>>, Zugriff am 01. 02. 2018 (zitiert: Verband der PKV, Zahlenbericht 2014).

Viana, Ana Luiza d'Ávila/Lima, Luciana Dias de/Ferreira, Maria Paula, Condicionantes estruturais da regionalização na saúde: tipologia dos Colegiados de Gestão Regional, Ciência & Saúde Coletiva, Vol. 15, N. 5, 2010, S. 2317-2326, abrufbar unter: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v15n5/v15n5a07.pdf>>, Zugriff am 08. 12. 2015 (zitiert: Viana/Lima/Ferreira, Ciência & Saúde Coletiva, Vol. 15, N. 5, 2010, 2317).

Viana, Ana Luiza d'Ávila/Machado, Cristiani Vieira, Descentralização e coordenação federativa: a experiência brasileira na saúde, Ciência & Saúde Coletiva, Vol. 14, N. 3, 2009, S. 807-817, abrufbar unter: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v14n3/16.pdf>>, Zugriff am 07. 12. 2015 (zitiert: Viana/Machado, Ciência & Saúde Coletiva, Vol. 14, N. 3, 2009, 807).

Wagner, Regina/Knittel, Stefan [Hrsg.], Soziale Krankenversicherung Pflegeversicherung: Kommentar, Band 1, 91. Ergänzungslieferung, München März 2016 (zitiert: Bearbeiter, in: Wagner/Knittel, SGB V).

Wagner-Braun, Margarete, Zur Bedeutung berufsständischer Krankenkassen innerhalb der privaten Krankenversicherung in Deutschland bis zum Zweiten Weltkrieg: die Selbsthilfeeinrichtungen der katholischen Geistlichen, Stuttgart 2002 (zitiert: Wagner-Braun, Zur Bedeutung berufsständischer Krankenkassen innerhalb der privaten Krankenversicherung in Deutschland)

Wandt, Manfred, Versicherungsrecht, 4. Auflage, München 2009 (zitiert: Wandt, Versicherungsrecht).

Weichert, Marlon Alberto, Fundação estatal no serviço público de saúde: inconsistências e inconstitucionalidades, Revista de Direito Sanitário, v. 10, n. 1, 2009, S. 81-97, abrufbar unter: <<http://periodicos.usp.br/rdisan/article/view/13148/14954>>, Zugriff am 29. 10. 2014 (zitiert: Weichert, Revista de Direito Sanitário, v. 10, n. 1, 2009, 81).

Weichert, Marlon Alberto, Saúde e Federação na Constituição Brasileira Brasileira, Rio de Janeiro 2003 (zitiert: Weichert, Saúde e Federação na Constituição Brasileira Brasileira).

Wendt, Claus, Krankenversicherung oder Gesundheitsversorgung? Gesundheitssysteme im Vergleich, 3. Auflage, Wiesbaden, 2013, abrufbar unter: <

<http://link.springer.com/content/pdf/10.1007%2F978-3-658-02239-6.pdf>>, Zugriff am 28. 07. 2016. (zitiert: *Wendt*, Krankenversicherung oder Gesundheitsversorgung?).

Zacher, Hans F. Das soziale Staatsziel, in: *Becker*, Ulrich/*Ruland*, Franz (Hrsg.), *Abhandlungen zum Sozialrecht II*, Heidelberg, 2008, S. 3-127 (zitiert: *Zacher*, in: *Becker/Ruland*, Das soziale Staatsziel).

Zacher, Hans F., Vorbereitende Ausarbeitung, in: *Zacher*, Hans F. (Hrsg.), *Die Rolle des Beitrags in der sozialen Sicherung*, Berlin 1980, S. 23-30 (zitiert: *Zacher*, in: *Zacher*, *Die Rolle des Beitrags*)

Zweigert, Konrad/*Kötz*, Hein, *Einführung in die Rechtsvergleichung: auf den Gebiete des Privatrechts*, 3. Auflage, Tübingen, 1996 (zitiert: *Zweigert/Kötz*, *Einführung in die Rechtsvergleichung*).

Anhang A: Steuer- und Beitragsfinanzierung in Brasilien

Dieser Anhang bezieht sich insbesondere auf die Zweckbindung der Einnahmen. Die Prozentsätze wurden schon in Abschnitt „E.IV.2“ dargestellt.

Art. 198 § 2 I CF lautet: „Der Bund, die Bundesländer, der Bundesdistrikt und die Gemeinden werden jährlich für die öffentlichen Maßnahmen im Bereich der Gesundheit und für die öffentlichen Gesundheitsdienste Mindestwerte aufwenden, die gemäß der folgenden Prozentsätze und auf den folgenden Grundlagen berechnet werden: [...]“⁸⁸⁶. Für den Bund sind das die „netto laufenden Einnahmen“ (Art.198 § 2° I CF). Für die Bundesländer, für die Gemeinden und für den Bundesdistrikt die in Art. 198 § 2° II III CF normierten Steuern. Diese Bestimmungen könnten so interpretiert werden, dass die Prozentsätze nur eine Basis für die Berechnung darstellten und nicht etwa eine echte Bindung der Steuern. Das ergänzende Gesetz N. 141 Art. 6° und 7°⁸⁸⁷ konkretisiert aber Art. 198 § 2° CF. Der Wortlaut der Artikel legt nahe, dass der Anteil der Einnahmen aus den Steuern für die Gesundheit aufgewandt werden muss. Es gibt also eine Bindung. Die gesamten in der Verfassung vorgesehenen Steuern, die die Bundesländer und Gemeinden in eigener Zuständigkeit erheben oder die sie als Transfers von anderen Ebenen erhalten, sind die Bemessungsgrundlage für die Mindestausgabe für die Gesundheit.

Daraus ergibt sich, dass es auf Ebene der Bundesländer und der Gemeinden eine Zweckbindung der Steuer gibt. Auf Ebene des Bundes hingegen überwiegt die Sozialbeitragsfinanzierung, wie auch der Anhang C zeigt. Die Sozialbeiträge jedoch haben, wie im Abschnitt „E.IV.1“ („Wie ist die Beitragsfinanzierung in Brasilien zu verstehen?“) dargestellt, steuerliche Züge.

⁸⁸⁶ Auf Portugiesisch: „A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: [...]“.

⁸⁸⁷ LC 141/2012.

Anhang B: Übersetzungen für „substantive due process“ und „reasonableness“

Due process (course) of law: „rechtliches Gehör; rechtmäßiges Verfahren“. *Beseler, Dora von/Jacobs-Wüstefeld, Barbara, Law Dictionary: Fachwörterbuch d. angloamerikan. Rechtssprache einschl. wirtschaftl. u. polit. Begriffe*, 4. Auflage, Berlin 1986, S. 598.

Andere Übersetzung: „ordnungsgemäßes Verfahren *n*; ordentliches (Gerichts-) Verfahren *n* (*Rechtsstaatsprinzip*). *Dietel, Clara Erika/Lorenz, Egon, Wörterbuch Recht, Wirtschaft & Politik, Band 1, Englisch-Deutsch, 7. Auflage München 2016, S. 273*. Hilfreich ist insbesondere die Erklärung in Fußnote 73: „Br Entscheidungen können nur unter Beachtung der regulären Prozessformen gefällt werden. Am Amendment V und XIV der Federal Constitution besagen, dass niemandem Leben, Freiheit od. Eigentum ohne gehöriges Rechtsverfahren entzogen werden darf.“

Weitere Übersetzung: „due process 1. Ordnungsgemäßes Verfahren *n*, ordentliches Gerichtsverfahren *n*; 2. \approx grundrechtsgleicher Anspruch auf ein faires Verfahren“. *Bugg, Stuart G./Simon, Heike, Langenscheidt Alpmann Fachwörterbuch Kompakt Recht Englisch, 2. Auflage, Berlin 2009, S. 288*.

„*Substantive due process* \approx US-Verfassungsgrundsatz, dass der Einzelne vor willkürlichen und unvernünftigen staatlichen Eingriffen zu schützen ist“. *Bugg, Stuart G./Simon, Heike, Langenscheidt Alpmann Fachwörterbuch Kompakt Recht Englisch, 2. Auflage, Berlin 2009, S. 417*.

„Reasonableness“ könnte als „Angemessenheit“ übersetzt werden, aber dann würde den Begriff neben Verhältnismäßigkeit wieder undeutlich. Deswegen werde ich den Begriff in englischer Sprache anwenden.

„**reasonable** vernünftig; vernunftgemäß; P verständlich, einsichtig: annehmbar, tragbar; ordnungsgemäß; gerecht; [Forderung] billig; [Zweifel] berechtigt; [Preis, Forderung] angemessen; [Bedingung, Frist, Preis] zumutbar; [Zeit] absehbar; üblich; [Grund] ausreichend; stichhaltig, plausibel; in Maßen (Grenzen), [Preis] mäßig“. *Beseler, Dora von/Jacobs-Wüstefeld, Barbara, Law Dictionary: Fachwörterbuch d. angloamerikan. Rechtssprache einschl. wirtschaftl. u. polit. Begriffe*, 4. Auflage, Berlin 1986, S. 1376.

„**reasonable** Adj vernünftig Adj; angemessen Adj, zumutbar Adj, gerechtfertigt Adj (*im Verhältnis zwischen den Beteiligten angemessen und nicht da öffentliche Interesse verletzend*; CF. Rule of reason);“. *Dietel, Clara Erika/Lorenz, Egon, Wörterbuch Recht, Wirtschaft & Politik, Band 1, Englisch-Deutsch, 7. Auflage München 2016, S. 707*.

Anhang C: Finanzierungsquellen des brasilianischen Bundesministeriums für Gesundheit

Tabelle I – Finanzierungsquellen des brasilianischen Bundesministeriums für Gesundheit (1995-2011) (in %) ⁸⁸⁸

Finanzierungsquelle	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Ordentliche Geldmittel	3,2	0,2	1	10,8	15,1	5,3	12,5	10,3	13,1	7,4	4,8	7,1	5,2	20,1	4,4	4,6	2,4
Interne und externe Kreditgeschäfte	1,1	0,9	0,5	1,1	1,5	2,7	2,2	1,9	1,1	0,7	0,7	0,4	0,1	0	0	0	0,1
Direkte eingetriebene Geldmittel	2,5	2,5	2,4	2,6	3,5	3,3	5,1	2,7	2,3	2,2	2,4	3,1	3,7	4	3,9	4,3	4
Staatliche Wertpapiere	2,7	3,4	2,8	0,2	0,3	0,2	0,3	0,4	0,5	-	-	-	-	-	-	-	0,03
Sozialbeiträge	70,5	66,2	72,8	71,8	61,5	80,9	74,9	81,3	82,5	88,3	91,3	88,8	87,1	71,8	90,8	86	89,9
CSLL – Sozialbeitrag über den Ertrag	20,2	20,7	19,3	8	13,2	12,6	7	22,5	27,4	32,3	39,7	40,3	38,7	34,7	49,4	37,6	37,7
COFINS – Beitrag zur Finanzierung der sozialen Sicherheit	48,8	42,2	25,6	25,9	26,3	37,1	38,5	18,6	21,1	25,2	19,2	13,5	15,4	34,9	37,1	45,8	52
CPMF – provisorischer Beitrag über Finanzverkehr	-	-	27,9	37	22	31,2	28,2	38,4	32,5	29,4	29,3	32,4	30,8	1	1,5	0,4	0
CPSS – Beitrag für die <i>soziale Sicherheit der Beamten</i> ^Y	1,5	3,3	-	0,9	-	-	1,2	1,9	0,8	0,9	1,2	1	0,9	0,2	0,9	0,6	0,2
Beitrag des Arbeitgebers für die <i>soziale Sicherheit der Beamten</i>	-	-	-	-	-	-	-	-	0,01	0,5	1,9	1,6	1,3	1	1,9	1,6	0,1
Fonds für die Bekämpfung und Beseitigung der Armut	-	-	-	-	-	-	4,5	2,4	-	0,9	0,3	-	3	3	-	-	-
Sozialer Fonds für Emergenz	11,7	17,9	19,6	13,3	14,5	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Fonds der Aufsicht der Telekommunikationen (Fistel)	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	2,2	0
Weitere Quellen	8,3	8,9	0,8	0,3	3,6	7,6	0,6	0,9	0,6	0,5	0,6	0,6	0,8	1,1	0,9	2,9	1
Summe	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100

Quellen: Sias/Sidor, (Gasto Social Federal-Ipea: 1995 a 2007), e Siga Brasil, 2008, 2009, 2010 e 2011.

Y „CPSS – Beitrag für die soziale Sicherheit der Beamten“ und „Beitrag des Arbeitgebers für die soziale Sicherheit der Beamten“ dürfen zusammen gehören. Wenn man die Verwaltungsrichtlinie RFB Nr. 1332/2013 liest, wird die Bezeichnung „Beitrag des Arbeitgebers“ erkennbar. Der Beitrag der Beamten dürfte unter CPSS dargestellt und der Beitrag des Bundes unter Beitrag des Arbeitgebers für die soziale Sicherheit der Beamten.

⁸⁸⁸ Die Tabelle wurde aus *Piola, Sérgio F./Paiva, Andrea Barreto de/Sá, Edvaldo Batista*/unter andere, *Financiamento Público da Saúde: uma história à procura de rumo*, Texto para Discussão, Brasília, 2013, abrufbar unter: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/1580/1/TD_1846.pdf>, Zugriff am 08. 02. 2017, S. 12 entnommen, eigene Übersetzung. Buchstabe y enthält einen von mir eingefügten Kommentar.

Der Sozialbeitrag über den Ertrag⁸⁸⁹ (CSLL) und der Beitrag zur Finanzierung der sozialen Sicherheit (COFINS) waren nach Tabelle I wesentlich als Finanzierungsquelle des Bundesministeriums für Gesundheit. Es gab auch einen provisorischen Beitrag über Finanzverkehr (CPMF), der wichtig für die Finanzierung des Sektors war. Der Beitrag existiert aber nicht mehr.

Den Sozialbeitrag über den Ertrag, müssen juristische Personen und ihnen durch Gesetz gleichgestellte natürliche Personen bezahlen. Allgemein beträgt der Sozialbeitrag 9 % des Ertrags. Für Finanzinstitute, private Versicherungen und Unternehmen, die die Kapitalisation⁸⁹⁰ betreiben, beläuft er sich auf 15 %.⁸⁹¹

Es gibt auch einen Beitrag zur Finanzierung der sozialen Sicherheit (COFINS). Grundsätzlich beträgt er 2 % der monatlichen Bruttoeinnahmen.⁸⁹² Der Prozentsatz kann aber sehr unterschiedlich sein. Für die Hersteller oder Importeure von Erdölprodukte reicht er zum Beispiel von 3 % bis 47,4 %.⁸⁹³

Bis Dezember 2007 gab es einen provisorischen Beitrag über Finanzverkehr (CPMF).⁸⁹⁴ Er wurde aber nicht erneuert. Der Prozentsatz war 0,38 % des Finanzverkehrs.⁸⁹⁵ Das Spektrum der Beitragenden war sehr breit. Unter ihnen befanden sich zum Beispiel Inhaber von Konten bei Geldinstituten, in denen ein Finanzverkehr stattfindet und Nutznießer von Liquidationen oder Bezahlungen von Krediten, Rechten und Werten.⁸⁹⁶ Im

⁸⁸⁹ Ertrag ist der Gewinn der geschäftstätigen Personen.

⁸⁹⁰ Diese Unternehmen sind Aktiengesellschaften, die Verträgen in Markt anbieten, deren Gegenstand, die Einzahlung regelmäßigen Raten ist. Am Ende des Vertrages hat der Kunde das Recht einen Anteil des Eingezahltes Betrages zurück zu erhalten. Der zurückgezahlte Betrag wird wie in Vertrag festgelegt verzinst. Diese Verträge können zudem Gewinnspiele vorsehen, bei welcher die Kunden Geldprämien erhalten können. Banco Central do Brasil, Sociedades de capitalização, abrufbar unter: <<https://www.bcb.gov.br/pre/composicao/sc.asp>>, Zugriff am 01. 03. 2017.

⁸⁹¹ Brasilien, Secretaria da Receita Federal do Brasil, Ministério da Fazenda, abrufbar unter: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/Alíquotas/ContribCsll/Default.htm>>, Zugriff am 07. 08. 2015.

⁸⁹² Art. 1° und 2° LC 70/1991 (Brasilien, ergänzendes Gesetz Nr. 70 vom 30. Dezember 1991, abrufbar unter: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp70.htm>, Zugriff am 10. 08. 2015).

⁸⁹³ Art. 4°, Gesetz 9718/1998 (Brasilien, Gesetz Nr. 9718 vom 27. November 1998, abrufbar unter: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9718compilada.htm>, Zugriff am 10. 08. 2015).

⁸⁹⁴ Werte, Kredite und Rechte, die eine finanzielle Natur haben. Auf Portugiesisch heißt der Beitrag CPMF.

⁸⁹⁵ Art. 90, § 2° ADCT CF.

⁸⁹⁶ Art. 2°, I, II und III; sowie Art. 4° Gesetz Nr. 9.311/1996 (Brasilien, Gesetz Nr. 9.311 vom 24 Oktober 1996, abrufbar unter: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9311.htm>, Zugriff am 11. 08. 2015.

Ergebnis betrifft das fast alle Personen, die in irgendwelchen Geschäftsbeziehungen mit Geldinstituten stehen.

Die Sozialbeiträge, die für die Gesundheit wesentlich sind, leisten die Unternehmen. Sie haben die Bruttoeinnahmen und den Ertrag als Bemessungsgrundlage. Der Beitrag über Finanzverkehr ist ein deutliches Beispiel für Sozialbeiträge, die von mehr als nur einer Teilgruppe der Gesellschaft getragen werden und außerdem für Beiträge, bei denen es nur eine sehr schwache Verbindung zwischen Beitragsschuldner und versichertem Risiko gibt.

Für einige Kategorien sind die maßgeblichen Kriterien nicht eindeutig. Das betrifft „ordentliche Geldmittel“, „direkte eingetriebene Geldmittel“ und „weitere Quellen“. Die Steuern sind sehr wahrscheinlich in den „ordentlichen Geldmitteln“ enthalten.⁸⁹⁷ Es ist auch unklar, „anderen Quellen“ für die Finanzierung des *SUS* des Art. 32, Absatz I bis VI des Gesetzes 8080/90 i.V. m. Art. 198, § 1 CF einzuordnen sind. Wahrscheinlich sind die Kategorien „direkte eingetriebene Geldmittel“ und – zum Teil – „weitere Quellen“.

⁸⁹⁷ Die Autoren der Studie, aus der die Tabelle entnommen wurde, erwähnen die „ordentlichen Geldmittel“ und schreiben in der Klammer „Steuer“ (Seite 11). Diese Ausdrucksweise verstärkt meinen Eindruck. *Piola, Sérgio F./ Paiva, Andrea Barreto de/Sá, Edvaldo Batista*/unter andere, *Financiamento Público da Saúde: uma história à procura de rumo*, Texto para Discussão, Brasília, 2013, abrufbar unter: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/1580/1/TD_1846.pdf >, Zugriff am 08. 02. 2017, S. 11.

Anhang D: föderativen Ebenen und Finanzierung des SUS

Die folgende Tabelle zeigt, wie viel jede Ebene für die Finanzierung des Gesundheitssystems beiträgt. Die Bundesländer und die Gemeinden werden hier einheitlich betrachtet. Der Bund hat im Jahr 2000 59,8 % der Finanzierung beigetragen und im Jahr 2011 44,7 %. Die Beteiligung der anderen föderativen Ebenen wächst. Der Anteil des Bundes bleibt aber mit nur wenig unter 50 % bedeutend.

Tabelle II⁸⁹⁸: Ausgaben für die öffentlichen Maßnahmen für Gesundheit und Gesundheitsdienste (ASPS): Summe und nach Regierungsebene (2000-2011)⁸⁹⁹

R\$ Milliarden von 2011 deflationiert nach dem jährlichen Durchschnittswert des IPCA¹ (nationale Rate für die Preise für die Verbraucher in weiterem Sinne)

Jahr	Bund	(%)	Bundesländer	(%)	Gemeinden	(%)	Summe	(%)
2000	41,31	59,8	12,82	18,5	14,96	21,7	69,09	100,0
2001	42,70	56,1	15,71	20,7	17,65	23,2	76,07	100,0
2002	43,34	52,8	17,66	21,5	21,08	25,7	82,07	100,0
2003	41,51	51,1	18,67	23,0	21,02	25,9	81,20	100,0
2004	46,85	50,2	22,96	24,6	23,51	25,2	93,33	100,0
2005	49,80	49,7	23,11	23,1	27,19	27,2	100,10	100,0
2006	52,44	48,4	25,48	23,5	30,37	28,0	108,28	100,0
2007	55,01	47,5	28,02	24,2	32,81	28,3	115,84	100,0
2008	57,18	44,2	32,81	25,4	39,24	30,4	129,23	100,0
2009	65,27	45,8	36,13	25,4	40,98	28,8	142,38	100,0
2010	66,08	44,1	39,74	26,5	44,08	29,4	149,90	100,0
2011	72,33	44,7	41,50	25,7	47,94	29,6	161,77	100,0

Quellen (aus der originellen Tabelle): Subsecretaria de Planejamento e Orçamento (SPO)/MS [Sekretariat für Planung und Haushalt des Bundesministeriums für Gesundheit] (Ebene des Bundes) und SIOPS (Ebene der Bundesländer und der Gemeinden, entnommen am 27. November 2012).

⁸⁹⁸ Die Tabelle wurde folgender Quelle entnommen: *Piola, Sérgio F./Paiva, Andrea Barreto de/Sá, Edvaldo Batista/unter andere, Financiamento Público da Saúde: uma história à procura de rumo, Texto para Discussão, Brasília, 2013, abrufbar unter: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/1580/1/TD_1846.pdf>, Zugriff am 08. 02. 2017 S. 14, Tabelle 2. Eigene Übersetzung.*

⁸⁹⁹ Weitere Anmerkungen aus der originellen Tabelle (eigene Übersetzung): „Anm.: 1. Die Bundesausgaben sind nach dem Haushaltsrahmengesetz (LDOs) dargestellt, welches die gesamten Ausgaben des Bundesministeriums für Gesundheit feststellt, ohne die Ausgaben für Rentner und Inaktive, Zinsen und die Anteile der Rückzahlung von Darlehen, sowie die Ausgaben, die durch den Fonds für die Bekämpfung und Beseitigung der Armut finanziert werden.

2. Das SPO für die Berechnung der Bundesausgaben für ASPS berücksichtigt die Werte der Kategorie des Haushaltsverzeichnis (UO) 74202. Finanzmittel unter Ausführung der *Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS)* [Aufsichtsbehörde, die die private Absicherung und Dienste reguliert und kontrolliert] werden bis 2007 berücksichtigt. Ab 2008 hat das SPO diese Ausgabe nicht mehr als solche einbezogen, die als öffentliche Maßnahmen und Gesundheitsdienste in Gesundheit zu berücksichtigen sind.

3. Die Ausgabe in der Ebene der Bundesländer wurde aus „technischen Bewertungen“ entnommen, die vom SIOPS anhand einer Analyse der Bilanzen der Bundesländer angefertigt wurden. Die Informationen über die Bemessungsgrundlage der Ausgaben wurden benutzt. Diese sind in der Analyse der Bilanzen der Bundesländer enthalten. Die Analyse wurde vom Team des SIOPS vorgenommen. Dies erfolgte nach den Vorschriften der Resolution des *Conselho Nacional de Saúde (CNS)* [nationaler Gesundheitsrat] Nr.322/2003 und Verfassungsnovelle Nr. 29/2000. In 2009 und 2010 wurden die Daten von den 27 Bundesländern benutzt, die Informationen durch das SIOPS gesendet haben (Daten entnommen am 27. November 2012). In 2011 wurden die Daten von den 26 Bundesländern einbezogen, die bis 27. November 2012 Informationen gesendet haben. In Bezug auf Alagoas, das noch nicht informiert hatte, wurde die Information über 2010 anhand des jährlichen durchschnittlichen Wachstums ermittelt, das für die zwei letzten Jahre festgestellt wurde.

4. Die Ausgaben auf Ebene der Gemeinden wurden am 27. November 2012 aus der SIOPS entnommen. Zwischen 2001 und 2011 haben durchschnittlich 99 % Prozent der Gemeinden die Informationen gesendet. In 2000 haben 96 % haben Informationen übermittelt und in 2011 98 %. Nur die übermittelten Daten sind in der Tabelle dargestellt.“

Anhang E: Zusammenfassung der STA 175 AgR (individueller Anspruch)

Die Beschwerde gegen die Entscheidung des Präsidenten des brasilianischen Obersten Bundesgerichtshofes (STF) in dem Antrag auf Aussetzung des vorläufigen Rechtsschutzes 175.

Brasilien, Supremo Tribunal Federal (STF), Plenum, Berichterstatter: Gilmar Mendes, Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175, Acórdão, DJE 29. 04. 2010, abrufbar unter: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>, Zugriff am 13. 11. 2013.

Im März 2010 haben die elf Richter des brasilianischen Obersten Bundesgerichtshofes einstimmig entschieden, dass der Staat⁹⁰⁰ für eine einundzwanzigjährige Frau die Kosten eines Medikamentes übernehmen müsse. Das Medikament kostet R\$ 52.000,00⁹⁰¹ pro-Monat.

Informationen über die Krankheit

Die Frau leidet unter der seltenen neurodegenerativen Erkrankung „Niemann-Pick Typ C“. Die Symptome umfassen unter anderem unbewusste Bewegungen, Koordinationsmängel und fortschreitende Lähmung. Die Symptome traten bereits auf, als sie noch ein Kind war. Das Medikament könne das Überleben verlängern und bessere Lebensqualität ermöglichen.

Der Prozess

In der ersten Instanz hat die Staatsanwaltschaft zugunsten der Frau eine Klage gegen den Staat⁹⁰² erhoben.

In Brasilien ist die Staatsanwaltschaft nicht nur im Strafverfahren tätig, sondern auch für den Schutz der unveräußerlichen individuellen und sozialen Interessen (Art. 127 „Caput“ CF). Sie ist dann selbst parteifähig.

Die erste Instanz hat entschieden, dass die Klage unzulässig sei. Dagegen wurde eine erfolgreiche Berufung eingelegt und die zweite Instanz hat zusätzlich vorläufigen Rechtsschutz gewährt. Daher hat der Bund die Aussetzung dieser Entscheidung beantragt.

⁹⁰⁰ Der Bund, das Bundesland von Ceará und die Gemeinde von Fortaleza.

⁹⁰¹ Bei einem Kurs von 3,39 am 01. 11. 2016 ergibt sich ein Betrag von etwas mehr als 15.000 Euro, <<http://www.boerse-online.de/devisen/euro-real-kurs>>.

⁹⁰² Der Bund, das Bundesland von Ceará und die Gemeinde von Fortaleza.

Das zuständige Gericht war dann das Oberste Bundesgerichtshof, da die vorläufige Entscheidung in der letzten Instanz entschieden wurde und da eine Frage der Verfassungsmäßigkeit im Hintergrund steht. Zuständig für diese Entscheidung ist der Präsident des Obersten Bundesgerichtshofes.

Der Präsident des brasilianischen Obersten Bundesgerichtshofes hat den Antrag auf Aussetzung abgelehnt. Dagegen hat der Bund wiederum Beschwerde eingelegt. *Zur Entscheidung berufen ist in diesem Fall das Plenum des Gerichtes.*

Die Argumente gegen den Anspruch

Das Medikament sei in den brasilianischen „medizinischen Leitlinien und Protokollen“ nicht vorgesehen, die Kriterien für Diagnose und Therapien enthielten. Es sei auch in der Vorschrift 1.318 des Gesundheitsministeriums nicht vorgesehen. Diese umfasse eine Liste von Medikamenten zur Heilung chronischer Krankheiten, einschließlich von Medikamenten, die lange Zeit benutzt werden müssen und die teuer sind. Diese Heilmittel müssten in den öffentlichen Gesundheitsdiensten zur Verfügung stehen.

Die öffentlichen Finanzen würden überdies erheblich belastet. Die Behandlung wäre zu teuer. Es bestünde die Gefahr, dass viele Parallelfälle entstünden. Die rechtsprechende Gewalt dürfe nicht in politische Entscheidungen eingreifen.

Die Argumente der Entscheidung

Der Nachweis der Krankheit durch Untersuchung und auch der Notwendigkeit des Medikamentes als einzige Möglichkeit, das Fortschreiten der Krankheit zu stoppen, sei gelungen. Es sei bewiesen, dass die Betroffene die Kosten des Medikamentes nicht übernehmen könne. Das Medikament sei im ANVISA registriert (Institution, die in Brasilien für die Zulassung der Medizinprodukte zuständig ist).

Die medizinischen Leitlinien und Protokolle seien nicht unbestreitbar. Einerseits setzten die Protokolle die beste Verteilung der öffentlichen Ressourcen und die Sicherheit der Patienten als Priorität. Andererseits könne die Zulassung von neuen Therapien sehr langsam vonstattengehen. Infolgedessen könne ein unzulässiger Unterschied zwischen privatem und öffentlichem

Dienst entstehen. Außerdem sollte es für Personen, für die eine Therapie wegen körperlicher Besonderheiten nachweislich nicht wirksam ist, eine Alternative geben.

Im Bereich der Gesundheitsdienstleistungen müsse der Staat so investieren, dass er nicht nur Strukturen für die gesamte Bevölkerung zu Verfügung stellt, sondern auch, dass individuellen Notwendigkeiten Rechnung getragen werden kann.

Artikel 196 des Grundgesetzes garantiere das Recht auf Gesundheit sowohl als kollektive Berechtigung als auch Individualanspruch. Die sozialen Rechte seien echte Grundrechte und würden deshalb auch unmittelbar gelten.

Fazit

Dieser Gerichtsprozess wird an die erste Instanz zurückverwiesen, um entschieden zu werden. Dann gibt es die Möglichkeit zu mehreren weiteren Berufungen. Die Entscheidung drehte sich zwar hauptsächlich um prozessuale Aspekte, aber auch das materielle Recht wurde ausführlich geprüft. Das Gewicht dieser prozessualen Aspekte und der Eigenheiten des Falles für die Entscheidung sind stets im Blick zu behalten. Trotzdem kann die Entscheidung als Muster für die aktuelle Jurisprudenz bezüglich des Individualanspruches auf Gesundheitsversorgung, bzw. des Rechtes auf Gesundheit⁹⁰³ in Brasilien und deren Einklagbarkeit angeführt werden.

⁹⁰³ Das Recht auf Gesundheitsversorgung führt dazu, dass das Individuum die Behandlungen in Anspruch nehmen kann, die in der öffentlichen Gesundheitsversorgung durch Gesetze, Rechtsverordnungen, Richtlinien, Leistungskataloge, usw. vorgesehen sind. Das Rechts auf Gesundheit kann dazu führen, dass dem Individuum das Recht auf weitere Leistungen gerichtlich anerkannt wird, wenn er nachweist, dass Besonderheiten seines Falles dafür sprechen. Es ist unüblich im deutschen Recht über das Recht auf Gesundheit zu sprechen. Eine Ausnahme findet sich im sogenannten Nikolaus Beschluss. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 06. 12. 2005. – 1 BvR 347/98, abrufbar unter: <http://www.bverfg.de/e/rs20051206_1bvr034798.html>. Zugriff am 03. 03. 2017.

Anhang F: Die missbräuchlichen Klauseln und die übermäßige Belastung

Brasilien, Código de Defesa do Consumidor (CDC) [Verbraucherschutzgesetzbuch], Lei 8078 de 11 de Setembro de 1990, abrufbar unter:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>, Zugriff am 09. 11. 2016.

Nach meiner freien Übersetzung aus dem Verbraucherschutzgesetzbuch:

“[...]

Abschnitt II

Die missbräuchlichen Klauseln

Art. 51. Absolut nichtig sind unter anderem die Vertragsklauseln bezüglich des Angebots von Produkten und Diensten, die:

[...]

IV Pflichten bestimmen, die als abwertend, oder missbräuchlich gelten, die den Verbraucher übermäßig benachteiligen, oder mit Treu und Glauben oder mit der Billigkeit nicht vereinbar sind;

[...]“

Hinweise zur Verständnishilfe: den Begriff „boa-fé“ habe ich auf Deutsch als „Treu und Glaube“ im Sinne des § 242 BGB übersetzt. Der portugiesische Begriff „boa-fé“ stammt aus dem lateinischen „bona fides“. Der lateinische Ausdruck für Billigkeit, „Aequitas“ lautet auf Portugiesisch „Equidade“.

Auf Portugiesisch:

“[...]

SEÇÃO II

Das Cláusulas Abusivas

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

[...]

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

[...]”

Um präziser zu sein: der Begriff „übermäßige Belastung“ steht im Zivilgesetzbuch (Brasilien, Código Civil, Lei 10.406, de 10 de Janeiro de 2002, abrufbar unter:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>, Zugriff am 09. 11. 2016.

“[...]

Abschnitt IV

Vertragsauflösung aufgrund übermäßiger Belastung

Art. 478. In Verträge deren Abwicklung weiter fort dauert oder aufgeschoben ist, darf die Partei die Vertragsauflösung beanspruchen, deren Pflicht mit extremen Vorteilen für die andere Partei, aufgrund außergewöhnlicher und nicht vorhersehbarer Geschehen, übermäßig belastet wurde. [...]

Art. 479. Die Auflösung kann vermieden werden, wenn die andere Partei die Möglichkeit anbietet, die Vertragsklausel auf gerechte Bedingungen anzupassen.

Art. 480. Wenn im Vertrag nur einer der Vertragsparteien Pflichten auferlegt werden, darf diese Vertragspartei verlangen, dass ihre Pflicht reduziert oder ihre Abwicklungsform so geändert wird, dass die übermäßige Belastung beseitigt wird.

[...]“

Auf Portugiesisch:

“[...]

Seção IV

Da Resolução por Onerosidade Excessiva

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação. [...]

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

[...]”

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.”